

Die Abänderung des gesetzlichen Güterstandes durch Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen

Hans-Dieter Göhre

1963

DIE ABÄNDERUNG DES
GESETZLICHEN GÜTERSTANDES DURCH
EHEVERTRAG UND VERFÜGUNG VON TODES WEGEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zur Frankfurt am Main

vorgelegt von
Hans-Dieter Göhre
aus
Frankfurt am Main



1964

Erstgutachter: Professor Dr. Müller-Freienfels

Zweitgutachter: Professor Dr. Isele

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1963

Inhaltsverzeichnis

		Seite
1. Kapitel:		
Der gesetzliche Güterstand nach der Realisierung des Gleichberechtigungsgrundsatzes	§ 1	1
2. Kapitel:		
Die Vertragsfreiheit im Güterrecht		4
1. Abschnitt:		
Die Generalschranke der "guten Sitten"		
a) Der Begriff der "guten Sitten"	§ 2	6
b) Einwirkung von Grundrechten auf Rechts- verhältnisse des Privatrechts	§ 3	8
c) Das Wesen der Ehe	§ 4	15
2. Abschnitt:		
Vorschriften zwingenden Rechts		
a) Die bindende Funktion der spezifischen (wesensbestimmenden) Merkmale des gesetzlichen Güterstandes	§ 5	17
b) Gesetzliche Vermutungen, die Drittschutz- bestimmungen und der Stiefkinderpflichtteil	§ 6	21
c) Gesetzliche Verbote	§ 7	22
3. Kapitel:		
Modifikationsmöglichkeiten des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft		
1. Abschnitt:		
Vorschriften, die die Verwaltung und Ver- fügung über die Vermögen betreffen		
I. Die selbständige Vermögensverwaltung		
a) Übertragung der Verwaltungsbefugnis	§ 8	23
b) Ausschluß des Widerrufsrechts bei der Verwaltungsüberlassung	§ 9	24
II. Die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen		
a) Die Verfügung über das "Vermögen im ganzen"		
aa) Die Bedeutung des § 1365	§ 10	33
bb) Der Ausschluß des Einwilligungs- erfordernisses	§ 11	40

cc) Generelle Einwilligung in alle "zustimmungsbedürftigen" Geschäfte	§ 12	42
dd) Gegenständliche oder wertbegrenzte Er- weiterungen und Einschränkungen im Rahmen des § 1365	§ 13	43
b) Der Schutz der Haushaltsgegenstände	§ 14	46
c) Die Rechtsfolgen bei einer Verfügung ohne die erforderliche Einwilligung	§ 15	49
d) Die Eigentumslage an Ersatzstücken gem. § 1370	§ 16	54

2. Abschnitt:

Vorschriften, die den Ausgleich des Zugewinns,
seine Bestimmung und seine Abwicklung betreffen

a) Die Bedeutung der §§ 1371 ff innerhalb des gesetzlichen Güterstandes	§ 17	61
b) Der Ausschluß des Zugewinns für den Eintritt eines Ereignisses	§ 18	66
c) Modifikation der gesetzlichen Bestimmungen, die die Tilgungsweise der Forderung betreffen	§ 19	71
d) Vereinbarungen, die die Höhe der Quote anders als im Gesetz bestimmt regeln wollen	§ 20	72
e) Abweichungen vom Prinzip der obligatori- schen Geldforderung	§ 21	77
f) Die Auswirkung der Modifizierung des § 1378 auf die Erbrechtsverstärkung des § 1371, Abs. I	§ 22	80
g) Die Modifizierung der Bewertungsregeln	§ 23	82
h) Vorzeitiger und zwischenzeitlicher Ausgleich	§ 24	88
i) Die Schutzbestimmungen, insbes. die §§ 1381 - 1384, 1389 und 1390	§ 25	93

4. Kapitel:

Modifikationen des gesetzlichen Güterstandes
durch Verfügung von Todes wegen

Zusammenfassung	§ 26	95
Lebenslauf	§ 27	98
		99

Schrifttumsnachweis

- Achilles-Greif BGB, Kommentar, 20. Auflage,
Berlin 1958
- Bärmann Das neue Ehegüterrecht, AcP 157, 145
- von Baligand Der Ehevertrag, München 1906
- Bartholomäus "Kann ein Ehevertrag derartig abgeschlossen
werden, daß darin sich der Mann zu Gunsten
seiner Frau der Erwerbsfähigkeit begibt."
JW 1902, 247
- Bauer-Mengelberg Generalvollmacht, Berlin 1932
- Baumbach-Hueck GmbH-Gesetz, 10. Auflage, München und
Berlin 1962
- Beitzke Familienrecht, 10. Auflage, München 1962
- Böhle-Stamschräder Konkursordnung, 4. Auflage,
München und Berlin 1955
- Boehmer Einführung in das bürgerliche Recht,
Tübingen 1962
- "Die Gleichberechtigung der Frau im Ehe-
recht: Eheliches Güterrecht".
MDR 1950, 450
- "Einige Fragen zu der sog. Vinkulierung des
Hausrats in § 1369 BGB n.F."
FamRZ 1959, 1 ff.
- "Erbrecht" in Neumann-Nipperdey-Scheuner
(siehe dort), Band II, 432

- Bollenbeck "Die Zulässigkeit gemischter Güterstände unter dem BGB mit besonderer Rücksicht auf die aus dem rheinischen Recht übergeleiteten Güterstände dieser Art".
Recht 1904, 32
- "Umfang und Grenzen der Vertragsfreiheit im ehelichen Güterrecht",
DNotV 1911, 751
- Bosch "Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz", FamRZ 57, 189
- Brodmann Die Handelsgeschäfte, vierter Band, zweite Abteilung von Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1918
- Cosack Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band (Sachenrecht Familienrecht), 4. Auflage, 1904
- Crome System des Deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Band: Immaterialgüterrechte-Familienrecht, Tübingen 1908
- Denecke-BGB-RGRK Denecke im Reichsgerichtsrätekomentar 11. Auflage, Berlin 1959
- Dernburg Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. IV: Familienrecht, 2. Auflage, Halle 1903
- Dölle "Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht", JZ 53, 353
- Dürig "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", in Festschrift für Nawiasky (Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung), München 1956

- Fischer "Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht",
GmbH-Rundsch. 1952, 113
- Fischer Kollision zwischen Gesellschaftsrecht und
ehelichem Güterrecht, NJW 1960, 937
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts. I. Band;
Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München 1958
- Fränkel Das Familienrecht des BGB für das
Deutsche Reich, Hannover 1898
- Gierke Deutsches Privatrecht, Leipzig 1936
- Giese-Schunck Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
5. Auflage, Frankfurt 1960
- Groepper-Erman Groepper in Erman, Handkommentar zum BGB
in zwei Bänden, 3. Auflage, Münster 1962
- Hachenburg Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl.,
Berlin 1959
- Haegele "Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschrän-
kungen nach § 1365 BGB bei Zugewinne-
meinschaft", RPfl 1959, 242
- Hartung "Der Schutz des guten Glaubens bei den
Verfügungsbeschränkungen des Gleichberechti-
gungsgesetzes", NJW 59, 1020
- Heck Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte,
Leipzig 1899
- Herzog Zum Begriffe der guten Sitten im BGB,
Breslau 1910

- Lehmann Allgemeiner Teil des BGB, 12. Auflage,
Berlin 1960
- Deutsches Familienrecht, 3. Aufl.,
Berlin 1960
- Lindenmaier-Möhrling Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
(zitiert: LM)
- Lorenz "Die Verfügungsbeschränkungen im Rahmen
der Zugewinnngemeinschaft", JZ 59, 105
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt/
Main 1957
- von Marchtaler Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft
und sein Schutz, Stuttgart 1932
- Maßfeller Das Gleichberechtigungsgesetz mit Ausnahme
des ehelichen Güterrechts, DNotZ 57, 342
- Maßfeller-Reinicke Das Gleichberechtigungsgesetz,
Köln 1958
- Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz,
München und Berlin 1963
- Merzbacher Die Zugewinnngemeinschaft, AcP 156, 1
- Meyer-Stolte Vinkulierung der Gesamtvermögensgeschäfte.
Die Auswirkungen des § 1365 n.F. BGB auf
das Grundstücksrecht. FamRZ 59, 228
- Müller-Freienfels Die Vertretung beim Rechtsgeschäft,
Tübingen 1955
- Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes,
JZ 57, 685

- Neumann-Nipperdey-
Scheuner "Die Grundrechte", 2. Band, Berlin 1954
- Nipperdey Grundrechte und Privatrecht,
Krefeld 1961
- Grundrechte und Grundpflichten der Reichs-
verfassung, Mannheim 1929
- "Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung",
Rechtsgutachten v. 10. 2. 51
- Oertmann Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Band:
Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl.,
Berlin 1929
- Opet- von Blume Das Familienrecht des BGB,
Berlin 1906
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von
Dankelmann, Gramm, Hoche, Keidel und
Lauterbach, 21. Auflage, München 1962
- Planck Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungs-
Gesetz, Berlin und Leipzig, 4. Aufl., 1930
5. Auflage, 1933
- Raiser Vertragsfreiheit heute. JZ 58, 1
- Reinicke Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung.
NJW 53, 681
- Riesler Konkurrierendes und kollidierendes Handeln.
AcP 98, 388
- Rittner Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft.
I. Die Bedeutung des § 1365 im Handels-
recht. FamRZ 61, 1 ff.

- II. Die Bedeutung des § 1369 im Handelsrecht,
FamRZ 61, 185 ff.
- III. Der Zugewinnausgleich. FamRZ 61, 505
- Scheffler-Koeniger-
BGB-RGRK Scheffler und Koeniger im Reichsgerichtsräte-
kommentar, 10./11. Aufl., Berlin 1960
- Schippel Rechtsprechung und Literatur zu § 1365 BGB.
DNotZ 1961, 24
- Schlegelberger-Vogels Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Band: Allgemeiner
Teil, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse.
Berlin 1939
- Schloßmann Die Lehre von der Stellvertretung.
Leipzig 1902
- Schmidt-Hedemann-Fuchs Familienrecht, München 1909
- Scholz "Vollmachtgeber und Bevollmächtigter in
Konkurrenz", JR 58, 17
- Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Auflage,
Köln 1960
- Schulz-Kersting "Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr".
JR 59, 81; JR 59, 134
- Sichermann "Wie können die Gefahren der Zugewinn-
gemeinschaft ausgeschlossen oder vermindert
werden". BB 59, 349
- Simitis Gute Sitten und ordre public. Marburg 1960
- Soergel-Siebert Das BGB mit Einführungsgesetz und Neben-
gesetzen, 9. Auflage, Stuttgart 1960
8. Auflage, Stuttgart und Köln 1955

Weischedel	Recht und Ethik, Karlsruhe 1959
Westermann	Sachenrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1953
Wieacker	Bodenrecht, Hamburg 1938
Wieruszowski	Handbuch des Eherechts, 2 Bände 1900/190
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl., Frankfurt/M., 1906

Zeitschriften- und
Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AP	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, herausgegeben von Hueck-Nipperdey-Dietz
AWD d. BB	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BB	Der Betriebsberater
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Recht, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, bearbeit. u. a. von Denecke (Allgemeiner Teil) und Koeniger-Scheffler (Familienrecht), 10./11. Aufl., Berlin 1960
BT Druck.	Bundestagsdrucksache
DB	Der Betrieb
DNZ bzw. DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DNotV	Zeitschrift des Deutschen Notar-Vereins
FamRZ	Familienrechtszeitung (vormals "Ehe und Familie")
GmbH Rundsch.	GmbH - Rundschau
Iherings J.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts
JMBLNRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen

JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KG HRR	Höchst Richterliche Rechtsprechung des Kammergerichts
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts betreffend Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann
Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
R, d. A.	Recht der Arbeit
RG-Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
RG-Seuffert	Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
RPfl	Der Deutsche Rechtspfleger
ZfHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht

1. Kapitel

Der gesetzliche Güterstand nach der Realisierung des Gleichberechtigungsgrundsatzes der Art. 3, II und 117, I GG.

Die "Zugewinnngemeinschaft" ist gesetzlicher Güterstand seit dem Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts" vom 18.6.57. Sie bringt die am Grund der Art. 3, II und 117, I GG notwendige ¹⁾ Anpassung des gesetzlichen Güterrechts an die Forderungen der Verfassung. Ihre Grundidee ist, das Prinzip der Gütertrennung als Ausdruck der Freiheit und Gleichheit von Mann und Frau mit dem Gedanken der Einheit der Ehe (Zugewinnausgleich, erbrechtliche Lösung) und der Sicherung der Familie (Verfügungsbeschränkung) zu verbinden. Die Ehegatten beginnen und beenden den Güterstand mit getrennten Vermögensmassen (§ 1363, II), die sie selbständig verwalten (§ 1364).

-
- 1) Der alte gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes war mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 3, II GG) nicht mehr vereinbar. Da entsprechend dem Postulate des Art. 117, I GG jedes dem Gleichheitsgrundsatz widersprechende Recht bis zum 31.3.1953 der grundgesetzlichen Regelung anzupassen war, eine solche Änderung aber auf dem Gebiete des Familienrechts nicht stattgefunden hatte, machte man sich Gedanken, ob Art. 3, II GG nur dem Charakter eines Programmsatzes trage, oder ob er echte Rechtsnorm sei. Das Bundesverfassungsgericht - BVerfGE 3, 225 vom 18.12.53 - entschied in letzterem Sinne: Art. 3, II GG sei eine zwar allgemeine, aber der unmittelbaren Anwendung fähige Rechtsnorm. Das bedeutete für jeden Richter die Notwendigkeit, jedes Gesetz, das für Mann und Frau verschiedene Regelungen vorsah, bei der unmittelbaren Anwendung auf seine Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsprinzip zu überprüfen.

Einer Beschränkung unterliegen sie hierbei nur, wenn die Sicherheit der Familie betroffen oder ein zukünftiger Ausgleichsanspruch gefährdet werden kann. Diese Gefahr sieht der Gesetzgeber in Rechtsgeschäften über das Vermögen im ganzen (§ 1365) und Gegenstände des ehelichen Haushalts (§ 1369). Sie bedürfen der Einwilligung des anderen Ehepartners. Fehlt die Einwilligung, so ist der Vertrag schwebend unwirksam, während bei einseitigen Rechtsgeschäften eine Heilungsmöglichkeit überhaupt nicht besteht (§ 1367). Neben den Verfügungsbeschränkungen sind für den gesetzlichen Güterstand in besonderer Weise die Regeln bestimmend, die den Ausgleich des Zugewinns behandeln. Die gedankliche Grundlage ist hierbei die Gleichbewertung der Tätigkeiten von Mann und Frau, die Konsequenz dessen die gleiche Teilhabe beider Eheleute an dem, was jeder Ehegatte während der Ehe zu seinem ursprünglichen Vermögen "hinzugewinnt". Dies verwirklicht der Gesetzgeber insofern, als er (§ 1378) generell bei Beendigung des Güterstandes die Hälfte des Überschusses, um den der Zugewinn des einen Ehegatten den des anderen übertrifft, als ausgleichspflichtig erklärt. Hierbei ist es unwesentlich, ob die Frau auch nur in irgendeiner Art tätig geworden ist, um eine Gleichbewertung zu rechtfertigen. Die Fiktion des § 1378 wird dadurch nicht beeinflusst. Endet der Güterstand durch den Tod, so wird der Ausgleich dadurch realisiert, daß sich der Erbteil des überlebenden Ehegatten um 1/4 erhöht (§ 1371, I). Auch dabei ist es unerheblich, ob überhaupt ein Zugewinn entstanden ist oder ob der so "Ausgleichsberechtigte" nicht bei einer Auseinandersetzung unter Lebenden ausgleichsverpflichtet gewesen wäre. In der Regel wird der Ehegatte also neben Erben der ersten Ordnung Erbe zur Hälfte sein. Nur wenn er nicht Erbe wird (z.B. auf Grund eines anders lautenden Testaments) oder wenn er die Erbschaft ausschlägt, wird durch einen Vergleich der Anfangs- und Endvermögen der Überschuß festgestellt und nach der Regel des § 1378 ausgeglichen.

Verfügungsbeschränkungen und Ausgleichsregeln werden als Kernpunkte des gesetzlichen Güterstandes deshalb auch die hauptsächlichen Ansatzpunkte für vertragliche Andersregelungen bilden. Diese werden sich immer dann als notwendig erweisen, wenn die Standardlösung nicht den besonderen Bedürfnissen der einzelnen Ehe entspricht, wenn spezifische Gegebenheiten eine spezifische - regelfremde - Lösung fordern. Welche Möglichkeiten sich hierbei im einzelnen für den gesetzlichen Güterstand ergeben, soll in den nun folgenden Kapiteln untersucht werden,

wobei vorausgesetzt werden kann, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Güterrecht in gleicher Weise Geltung hat wie in anderen Bereichen des Privatrechts ²⁾.

2) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK 1408, 3; Palandt-Lauterbach 1408, 4; Erman-Bartholomeyczik 1408, 1; BGH NJW 1952, 1330.

2. Kapitel

Die Vertragsfreiheit im Güterrecht

Läßt der Begriff der Vertragsfreiheit die Möglichkeit zu, nach Belieben innerhalb der gesetzlichen Schranken Rechte zu begründen, so ist zu fragen, ob dies auch für das Gebiet des Güterrechts zulässig ist. Auf den ersten Blick scheint § 1408 hierauf keine verneinende Antwort zu geben, denn die Ehegatten sind berechtigt, "ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) zu regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufzuheben und zu ändern." Daraus könnte geschlossen werden, § 1408 umfasse in gleicher Weise das Recht, eine Güterstandsform willkürlich abzuändern, wie es zulässig sei, "spezifische ehегüterrechtliche Rechtsinstitute, die in unserem Recht nicht positiviert sind, vertraglich einzuführen oder sich Rechtsformen frei zu bedienen, die unser Recht nur für bestimmte Zwecke unter bestimmten Voraussetzungen zur Verfügung stellt, wie z.B. die Gesamthand, die Universalsukzession sowie Verfügungsbeschränkungen." ³⁾ Entscheidend für diese Frage ist, was der Gesetzgeber unter dem Begriff der "Regelung" der güterrechtlichen ... Verhältnisse verstanden haben will. Das überwiegende Schrifttum ⁴⁾ lehnt es ab, hieraus die völlige Typenfreiheit zu entnehmen. Das folgt, wie LEHMANN ⁵⁾ darlegt, aus der vereinheitlichten Tendenz der ganzen gesetzlichen Regelung, aus der ausdrücklichen Zurückweisung gewisser, diesem Rahmen nicht entsprechender Abmachungen (§§ 1409 und 1518) und endlich daraus, daß die vom Gesetz geregelten Typen in manchen Punkten eine Durchbrechung allgemeiner Grundsätze bedeuten, für die außerhalb dieser Typen eine gesetzliche Grundlage fehlt. Es ergibt sich aber auch aus Wortlaut und Satzaufbau des § 1408.

3) Vgl. hierzu Knur DNotZ 57, 461; Erman-Finke 1408, Ziff. 4

4) Planck-Unzner § 1432, 9; Enneccerus-Wolff, FamR (6. Bearbeit.) § 41, IV, 3; v. Baligand S. 34 ff., Wieruzowski II, 209; Palandt-Lauterbach § 1409, 1; Erman-Bartholomeyczik § 1408 Anm. 4 a; ausführlich Knur DNotZ 57, 461 und Lehmann, FamR S. 78.

5) Lehmann FamR S. 78.

Hier ist ausschlaggebend, wozu in dem Halbsatz "... insbesondere auch nach Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern" das Wörtchen "auch" zu rechnen ist. Wird § 1408 gelesen: "Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag regeln, insbesondere auch (den Güterstand) aufheben oder ändern" so könnte hierin eine Gegenüberstellung zwischen Regelung (= Typenfreiheit) und Aufhebung bzw. Änderung (im Rahmen der Typen des Gesetzes) gesehen werden. Dem widerspricht der gesamte Satzaufbau, wobei des weiteren noch bei einer völligen Typen- und Vertragsfreiheit die Gegenüberstellung von Regelung einerseits und Aufhebung bzw. Änderung andererseits überflüssig und sinnlos ⁶⁾ wäre. Vielmehr ist es so, daß das Wörtchen "auch" zu "nach Eingehung der Ehe" zu ziehen ist, der § 1408 also die Möglichkeit gibt, vor wie nach Eingehung der Ehe zwischen dem gesetzlichen (Zugewinnngemeinschaft) und den vertragsmäßigen Güterständen (Gütertrennung, Gütergemeinschaft) zu wählen bzw. Änderungen vorzunehmen. Dem steht auch nicht § 1409 BGB entgegen, denn dieser regelt nur die Bestimmung des Güterstandes durch Verweisung, nicht aber die Frage der Inhaltsgestaltung. ⁷⁾

6) Vgl. dazu auch von Baligand, Der Ehevertrag, Seite 19 ff.

7) Beitzke - Familienrecht, § 12, IV, 4 - spricht, allerdings ohne Begründung, von einer "begrenzten" Vertragsfreiheit. Was die Inhaltsgestaltung betrifft, lehnt er die Möglichkeit eines beliebigen, frei ausgestalteten Güterstandes ab. Knur - DNotZ 57, 460 ff - kommt auf Grund der Untersuchungen zur Entstehung des § 1432 aF BGB zwar grundsätzlich zu der Auffassung, daß eine völlige Typenfreiheit durch § 1432 aF bzw. § 1408 nF nicht gegeben sei, er will aber die Möglichkeit geben, einen "etwa früheren oder im Ausland geltenden Güterstand zu vereinbaren, wenn dies mit den Instituten des geltenden deutschen Rechts zu erreichen ist." (Z.B. Verwendung des Auftrags- oder Nießbrauchsrechts des BGB). Für unzulässig hält Knur die Einführung spezifischer ehегüterrechtlicher Rechtsinstitute, die in unserem Recht keine Grundlage finden, und die Verwendung solcher Begriffe, die der Gesetzgeber nur für bestimmte Zwecke unter bestimmten Voraussetzungen zur Verfügung stellt, z.B. Gesamthand, Universalsukzession. Dem wird im großen und ganzen zu folgen sein, soweit der Gesetzgeber eine Änderung - und nur um eine solche kann es sich ja hierbei handeln - der Güterstandstypen überhaupt zuläßt.

Hieraus ergibt sich die Unterscheidung zwischen Typenfreiheit (= Typenwahlmöglichkeit zwischen gesetzlichem und vertraglichen im Gesetz vorgesehenen Güterstandstypen) und Inhaltsfreiheit, die die Ausgestaltung und Abänderung der gesetzlichen Typen betrifft. Mit der letzteren sollen sich die nun folgenden Abschnitte beschäftigen, wobei zunächst die Einwirkung des Grundsatzes der "guten Sitten" auf die güterrechtliche Vertragsfreiheit untersucht wird. Danach sind die wesensbildenden Merkmale des Güterstandes zu bestimmen, insbesondere ist zu erforschen, welche Vorschriften zwingenden Rechts und deshalb der Privatautonomie nicht unterlegen sind.

1. Abschnitt: Die Generalschranke der "guten Sitten"

§ 2

Der Begriff der "guten Sitten"

Richter wie Vertragsschließende können in mannigfacher Weise vor die Frage gestellt werden, ob eine Vereinbarung dem Gebot des § 138 BGB entspricht, ob sie den "guten Sitten" gemäß ist. Entscheiden sich die Ehegatten während der Ehe, die hälftige Ausgleichsforderung auf ein Viertel zu ermäßigen, so ist es nicht offensichtlich, ob dies die Grenze berührt, die das Sittengebot (§ 138) der Vertragsfreiheit setzt.

Wie ist es aber, wenn diese Vereinbarung vor der Ehe getroffen wird, wenn der Mann sich bewußt die vertragliche Zusicherung zu einem Zeitpunkt geben läßt, zu dem die Frau nur daran denkt, aller Hindernisse möglichst schnell zu beseitigen, um zur Eheschließung zu gelangen. Kommt es also auf die Abschlußmodalität an, um Sittenwidrigkeit zu bejahen, auf den Weg, wie das Rechtsgeschäft zustande kommt, oder sind Ergebnis und Erfolg entscheidend?

Wie das Reichsgericht ⁸⁾ und der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung herausgestellt haben, ist die Gesamtgestaltung des Geschäfts ausschlaggebend. Nach Inhalt, Zweck und Motiven ist zu erforschen, ob eine Vereinbarung "dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht". ⁹⁾

⁸⁾ RGZ 75, 74; 78, 263; 80, 221; 128, 251; 150, 1; Warn R 1934, 89; JW 1938, 2395; BGH LM Nr. 6 zu § 138 C b.

⁹⁾ RG 80, 221

Diese Bestimmung ist aber zu allgemein. Sie gibt noch keine konkreten Anhaltspunkte, die es ermöglichen würden, einen Tatbestand zweifelsfrei auf seine Vereinbarkeit mit § 138, I BGB zu überprüfen.

Sinn dieser Vorschrift ist es, Rechtsgeschäfte zu vernichten, die gegen das Sittengebot verstoßen, ¹⁰⁾ die die "geübte" Moral gefährden. Der Maßstab zur Bestimmung der guten Sitten ist die Sitte ¹¹⁾. Sie gibt die Regeln für das äußere Verhalten. Ihr steht gegenüber als "Executive" die Moral, die sich an die Gesinnung des Einzelnen mit der Aufforderung richtet, der Sitte gemäß zu handeln.

Das Kriterium der Sitte ist das herrschende Volksbewußtsein ¹²⁾, die "im deutschen Volke auf Dauer anerkannte und geübte Moral" die von festen, "absoluten" Werten abhängig ist und deren Schutz sich die Rechtsordnung zu eigen machen will ¹³⁾. Der Bundesgerichtshof ¹⁴⁾ versuchte, das Kriterium der Sittenwidrigkeit, insbesondere der Sitte im allgemeinen, noch weiter zu präzisieren. Denn erst, wenn die Normen des Sittengesetzes erkannt und inhaltlich konkretisiert sind, ist es für den Richter möglich, diese Normen bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen. Der BGH folgte dabei der "materiellen Wertethik" SCHELERS ¹⁵⁾. Das sittliche Bewußtsein findet mittels des Wertfühlers die Werte, die - entsprechend den Geboten der christlich-abendländischen Wertordnung - eine Art übergeordneter Wertordnung bilden ¹⁶⁾. Diese Wertordnung ist die Quelle der "guten Sitten". Die Sitte ist also die Durchführung der Maximen der Sittenordnung, die Konkretisierung ihrer allgemeinen Postulate im Bereich der praktischen Lebensverhältnisse. Sie gibt die Regel. Die Moral wendet sich an die Gesinnung des Einzelnen und fordert ihn auf, der Sitte und damit dem sittlichen Bewußtsein, der Wertordnung gemäß zu handeln. § 138, I sichert die Befolgung der Gesetze der Moral. Er ist das wenn auch nicht vollkommen ausgebildete Zwangsmittel, das den Einzelnen veranlaßt, sofern er handelt, sich die Prinzipien der Sitte zu eigen zu machen. Auf das Gebiet

10) Simitis, S. 3, Anm. 3.

11) Herzog, S. 29 ff.; S. 50 ff.

12) RGZ 55, 368 (373); so auch Planck, vgl. Simitis Seite 4

13) RG in JW 1904, 257

14) BGH NJW 1955, 1274; 1956, 337, 585, 707; vgl. Simitis a. a. O.

15) Simitis Seite 16, Anm. 41.

16) Vgl. Weischedel, a. a. O., S. 28 f., BGH NJW 1955, 1287.

des Ehegüterrechts übertragen bedeutet es, daß der Richter der christlich-abendländischen Wertordnung die besonderen Gebote entnehmen muß, die sich auf den Bereich des ehelichen Lebens beziehen. Er muß sie konkretisieren und durch seine Rechtsprechung ihre Durchsetzung überwachen.

§ 3

Einwirkung von Grundrechten auf Rechtsverhältnisse des Privatrechts

Neben der Schranke, die das Postulat der "guten Sitten" jeder Vertragsfreiheit setzt, sind Art und Umfang der Einwirkung von Grundrechten in die Sphäre des Privatrechts von großer Bedeutung. IPSEN¹⁷⁾ prägte hierfür den Begriff der sogenannten "Drittwirkung" der Grundrechte, was im speziellen Bereich des Güterrechts die Frage betrifft, ob der Grundsatz der Ehevertragsfreiheit durch die Grundrechtsnormen eine Beschränkung erfährt, die die Güterstandsvereinbarung an die Beachtung beispielsweise des Gleichheitssatzes des Artikel 3 GG binden könnte. Die äußersten Positionen in diesem Streit liegen einerseits in der These, daß die Grundrechte als Grundrechtsnormen in ihrer unmittelbaren Wirkung ausschließlich gegen den Staat gerichtet seien¹⁸⁾, andererseits¹⁹⁾ in der Auffassung, daß die Grundrechte oder doch einige und jedenfalls die wichtigsten von ihnen auch im Privatrechtsverkehr gegen jederman gelten²⁰⁾.

17) Ipsen in Neumann-Nipperdey-Scheuner Bd. II, 111 ff.

18) Dürig in Festschrift für Nawiasky, 1956 157 ff; Maunz-Dürig, Art. I, Abs. III, Randnote 127 ff.; von Mangoldt-Klein, S. 207 (für Art. 3), sowie A II 4 d/e; Krüger-Breetzke-Nowack, vor §§ 1363-1390, Ziff. 9; Erman-Finke vor § 1408, Ziff. 3; Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1408, Ziff. 20.

19) So Boehmer "Erbrecht" in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, Seite 422; Giese II 5 zu Art. 3; Nipperdey, Grundrechte S. 18 ff.; Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung (Rechtsgutachten v. 10. 2. 51); mit Einschränkungen auch Laufke in Festschrift für Lehmann Bd. II S. 145 ff.

20) Vgl. BVerfGE 7, 204.

Die Erörterung der gegensätzlichen Meinungen geht von Art. 1, Abs. III GG aus, der das Prinzip der Grundrechtsbindung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung setzt.

- a) Hiervon werden nach Auffassung von NIPPERDEY ²¹⁾ auch Rechtsverhältnisse des Privatrechts erfaßt. Art. 1 Abs. III GG zähle zu den Grundrechten, die nicht nur gegen den Staat schützen ²²⁾, sondern dem Einzelnen mit zwingender Wirkung eine bestimmte Position im Verkehr mit den Rechtsgenossen gewähren wollen ²³⁾. Die "sozialen Grundrechte" seien formelle Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB, durch den sie ihre Durchsetzung in den Bereich des Privatrechts finden.
- b) LAUFKE ²⁴⁾ lehnt diesen Weg ab, denn "es könne nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, die Durchführung des Grundgesetzes als einer übergeordneten Norm von nachgeordneten Spezialgesetzen abhängig zu machen". Ausgangspunkt seiner Betrachtungen ist Art. 2, Abs. I GG - der Schutz der "freien Entfaltung der Persönlichkeit" -, der nach einhelliger Auffassung ²⁵⁾ nicht nur den Charakter eines Programmsatzes trägt, sondern objektives Recht beinhaltet. Die Gewährleistung der freien Entfaltung der Persönlichkeit umschließt neben der Entwicklung der im Menschen schlummernden Anlagen ²⁶⁾ das Recht des Einzelnen zu selbständigem Handeln und Denken auf ideellem, kulturellem und wirtschaftlichem Gebiet. Konsequenz dieses Rechts sei die Vertragsfreiheit ²⁷⁾, d. h. das Recht auf Freiheit bei Vertragschluß und Vertragsgestaltung. Art. 2, Abs. I GG sei der Obersatz, die Generalklausel. Die nachfolgenden Grundrechte der Art. 3 - 19 GG seien dann einschränkende Spezialgesetze zu Art. 2, I GG, wenn die freie Entfaltung der Persönlichkeit sich gegen die Würde eines Menschen -

21) Nipperdey Rechtsgutachten Seite 15

22) Nipperdey Rechtsgutachten Seite 18

23) Sog. "Lehre von der zwingenden Wirkung verfassungsrechtlicher Sätze im Verkehr mit den Rechtsgenossen", zu deren Begründern Nipperdey zählt, vgl. Grundrechte II, Seite 18 ff.; ähnlich Huber S. 316/317 und 382

24) Laufke, a. a. O., S. 167 ff.

25) Dürig, a. a. O.; Laufke, a. a. O.; BAG in AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

26) Laufke, a. a. O., S. 161.

27) Laufke, S. 145, insbes. Anm. 1 mit h. M., so Dürig, a. a. O., Maunz-Dürig, Art. 2, Abs. 1, Randnote 53, st. Rspr. des BVerwGE 1, 323; 2, 115; 2, 120; 3, 304; 4, 336; ebenso Raiser JZ 58, 1 ff.

die des Handelnden oder des anderen - richte ²⁸⁾. Denn die Freiheit des einzelnen umfasse nicht die Freiheit, sich der Freiheit zu begeben ²⁹⁾.

Verstoße ein Rechtsgeschäft gegen ein Grundrecht und richte es sich gegen die Würde eines Menschen, so sei die unmittelbare Folge Teil- bzw. Vollnichtigkeit. Dies gelte im Bereich des Privatrechts aber nur insofern, als Rechtshandlungen von Einzelpersonen in ihrer Wirkung einer gesetzgeberischen Handlung gleichkommen ³⁰⁾, wie bei allgemeinen Geschäftsbedingungen und Monopolstellungen. Sind diese Voraussetzungen - wie im Ehegüterrecht - nicht gegeben, so "wäre eine weitergehende gestaltende Wirkung der Grundrechte nur angängig, wenn man ... in Art. 3 GG einen Satz sehen könnte, der zugleich ein soziales Grundrecht schafft, da Positivität solcher Sätze im strengen Wortsinn Geltung "inter partes" voraussetze. Diese Deutung sei aber nach der Fassung des Art. 3 nicht zulässig" ³¹⁾. Wo der Gesetzgeber das Privatrecht gestalten wollte, habe er dies - wie in Art. 9, Abs. III, 2 GG - zum Ausdruck gebracht.

- c) Der erste Senat des Bundesarbeitsgerichts ³²⁾ hat sich in seinen Urteilen vom 3.12.54 ³³⁾ und vom 10.5.57 ³⁴⁾ für die Drittwirkung der Grundrechte ausgesprochen. Er ³⁵⁾ führt dort aus, "daß zwar nicht alle,

28) Laufke, Seite 167

29) Laufke, Seite 168

30) Laufke, Seite 181. So bei Tarifverträgen. Das BAG hatte im Urteil vom 15.1.55 (AP Nr.4 zu Art.3 GG, vgl. auch Urteil vom 2.3.55, AP Nr.6 zu Art. 3 GG) festgestellt, Tarifverträge seien Gesetzgebung, "Gesetze im materiellen Sinn", weil sie namentlich in ihren Arbeitsbedingungen objektives Recht für die Arbeitsverhältnisse der Beteiligten setzten. Das ergebe sich zwingend aus dem TVG vom 9.4.49: nach § 1 TVG enthalte der TV "Rechtsnormen, die den Inhalt, den Anschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können."

31) Laufke, Seite 182.

32) Urteile vom 3.12.54 - AP Nr.2 zu § 13 KSchG - und Urteil vom 10.5.57 - NJW 57, 1688.

33) Urteil vom 3.12.54 - AP Nr. 2 zu § 13 KSchG.

34) Urteil vom 10.5.57 - NJW 1957, 1689.

35) NJW 1957, 1689.

aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantierten, vielmehr Ordnungssätze für das soziale Leben seien, die auch für den privaten Rechtsverkehr der Bürger untereinander unmittelbare Bedeutung" hätten. Dies ergebe sich aus dem normativen Bekenntnis des Grundgesetzes zum Sozialstaat. Nicht ganz so deutlich urteilt der zweite Senat des BAG ³⁶⁾, der zwar den sozialen Ordnungscharakter des Art. 2 GG anerkennt, die Vorschrift aber über die wertausfüllungsfähigen Klauseln realisiert (im konkreten Fall durch § 138 BGB und § 133 f. GewO).

- d) Von den Befürwortern der Drittwirkung wird unter diesem Begriff also teils die generelle unmittelbare Geltung der Grundrechte als ordnender Normen für das gesamte Gebiet des Privatrechts, teils nur eine Wirkung außerhalb der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung dann verstanden, wenn Staatsbürger sich privatrechtlich in einem Verhältnis gegenüberstehen, das dem der hoheitlich-staatsrechtlichen Über- bzw. Unterordnung sehr nahe kommt. Nun geben die Grundrechte dem Einzelnen im Verhältnis zum Staat ein subjektiv-öffentliches Recht, das ihre Durchsetzung garantiert. Befürwortet man diese subjektiv-öffentliche Grundrechtswirkung auch im Bereich des Privatrechts, so müßte es sich um eine der drei folgenden Arten von Drittwirkung handeln ³⁷⁾:

aa) unmittelbare Drittwirkung

bb) einfach-mittelbare Wirkung (Ableitung eines subjektiven Privatrechts aus einem subjektiven-öffentlichen Recht)

cc) zweifach-mittelbare (übermittelbare) Wirkung (Ableitung eines subjektiven Privatrechts aus Gesetzen, die der "einfache" Gesetzgeber auf Grund einer grundgesetzlichen Verpflichtung, insbesondere auf Grund eines "sozialen" Grundrechts erlassen hat).

Wird an der klassischen Abgrenzungslehre ³⁸⁾ zwischen privatem und öffentlichem Recht festgehalten, so sind unmittelbare wie einfach

37) Vgl. v. Mangoldt-Klein A II 4 d.

38) Die Unterscheidung des öffentlichen und des bürgerlichen Rechts legt die klassische Abgrenzungslehre (vgl. bei Forsthoff, VerwR, Seite 100) die Tatsache zugrunde, daß die im Recht erfaßten Sozialbeziehungen entweder auf Unterordnung oder auf Gleichordnung beruhen. Demnach ist das öffentliche Recht grundsätzlich Subordinationsrecht, das Privatrecht grundsätzlich Koordinationsrecht.

mittelbare Drittwirkung nicht möglich. Denn weder können innerhalb eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses subjektiv-öffentliche Rechte bestehen, denn diese verlangen Staatsgerichtetheit, noch können aus subjektiv-öffentlichen Rechten subjektive Privatrechte hergeleitet werden. Bei der "Übermittelbaren" Wirkung handelt es sich aber nicht um die Ableitung eines subjektiven Privatrechts auf Grund einer Grundrechtsnorm, sondern um ein Recht, das sich aus einer "einfachen" Norm ergibt, weil der Gesetzgeber tätig geworden ist. Liegt diese Transformation in eine konkrete (oder wertausfüllungsfähige) Norm des Privatrechts aber nicht vor, so kommt der Grundrechtsnorm eine Schutzfunktion nicht zu.

Eine Drittwirkung in dem Sinne, daß die Grundrechtssätze unmittelbar gestaltende Wirkung für den Bereich des Privatrechts hätten, ist also nicht gegeben, vielmehr beschränkt sich die Wirkung der Grundrechte darauf, daß sie

1. dem Einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Staat gewähren;
2. objektiv-rechtliche Einrichtungsgarantien im Sinne einer Wirkung in Rechtsbereiche außerhalb der Verfassung sind.

Für die Ehevertragsfreiheit bedeutet das, daß die Ehegatten frei von unmittelbaren Bindungen durch Grundrechte wie den Gleichheitssatz des Art. 3 ihre güterrechtlichen Verhältnisse ordnen können.

- e) Zum gleichen Ergebnis kommt auch DÜRIG³⁹⁾. Sein Ausgangspunkt sind Art. 1 und 2 GG: Der Schutz der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2, I GG) "umschließe die Freiheit dem Staate, insbesondere der Rechtsprechung gegenüber, von der Freiheit nach Belieben Gebrauch machen zu können, nicht aber zu müssen".⁴⁰⁾ Denn jede Übertragung der Freiheiten und Rechte, die das Grundgesetz im Verhältnis zum Staat und dessen Organen gerade schützen will, auf Rechtsverhältnisse der einzelnen Bürger zueinander mit bindender Wirkung habe gerade das zur Folge, wovor die Grundrechte bewahren wollten: die Freiheit des Einzelnen, die Entfaltung seiner Persönlichkeit werde entscheidend gehindert. Dies ergebe sich zudem noch aus dem Grundgesetz selbst:

39) Dürig, a. a. O.

40) Dürig, S. 159.

Art. 9, III GG sei eine der wenigen Ausnahmen, wo der Gesetzgeber die Drittwirkung verlangt habe. Sei dies aber für alle Grundrechte sein Wille gewesen, so wäre Art. 9, III überflüssig.

DÜRIG bezieht die Grundrechte als Wertklausel in die "ausfüllungsbedürftigen" Generalklauseln (§§ 138, 326 BGB) des bürgerlichen Rechts wie auch der übrigen Rechtsgebiete ein ⁴¹⁾. Ob dies in vollem Umfang zutrifft, erscheint fraglich.

Die Grundrechte sind in gleicher Weise "legalisierte" Sittenordnung, wie die christlich-abendländische Wertethik auch in den Generalklauseln ihre Durchsetzung gefunden hat ⁴²⁾. Sie müssen also nicht erst als Wertklausel "einbezogen werden, da das Sittengesetz selbst auf dem Weg über die Generalnormen Eintritt und gestaltende Kraft für das Gebiet des bürgerlichen Rechts gefunden hat. Die Grundrechte sind die Verkörperung der Sittenordnung, die Übersetzung ihrer mittels des Wertfühlers gewonnenen Ergebnisse für das besondere Verhältnis des einzelnen zum Staat. Hier bedarf die Würde des Menschen eines besonderen Schutzes, wenn sie im Gegensatz zum Interesse des Staates steht,

41) so auch das Bundesverfassungsgericht im sog. Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 206/215): "Der Rechtsprechung bieten sich zur Realisierung dieses Einflusses (erg. grundrechtlicher Wertmaßstäbe) vor allem die Generalklauseln, die, wie § 326 BGB zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außerzivilrechtliche, ja zunächst überhaupt außerrechtliche Maßstäbe, wie die "guten Sitten", verweisen ... Der Richter hat sich dabei an jene grundsätzlichen Wertentscheidungen und sozialen Ordnungsprinzipien zu halten, die er im Grundrechtsabschnitt der Verfassung findet,

42) Insofern erübrigt sich auch die Polemik des BAG (NJW 1957, 1689) gegen die "dualistische" Auffassung, dort insbes. gegen Dürig. Denn da eine Wertausfüllung der Generalklauseln nicht durch die Grundrechtsnormen, sondern auf Grund der Sittenordnung erfolgt, liegt auch kein Widerspruch darin, daß den Grundrechten unmittelbar ordnende Funktion nur für das Verhältnis des Einzelnen zum Staat zugesprochen wird, daß sie aber - als legalisierte Sittenordnung - zur Wertausfüllung herangezogen werden, soweit sie nicht nur das besondere obrigkeitliche Verhältnis betreffen wollen.

Widerstreitet aber die Menschenwürde, die Freiheit des Einen der eines Anderen, treten verschiedene der Menschenwürde entstammende Freiheiten, die Verschiedenen zustehen, in Gegensatz, so ist ein Weg zu finden, um trotzdem zu Ergebnissen zu gelangen. Deshalb muß die Freiheit auch die Freiheit umschließen, von der Freiheit keinen Gebrauch machen zu müssen. Die Grenze liegt dort, wo der Einzelne sich zum Vorteil eines anderen oder auch zu seinem eigenen Vorteil seiner Freiheit in der Weise begibt, daß es nicht mehr mit den Forderungen des Sittengesetzes vereinbar ist. Dies zu sichern, ist dann aber die Aufgabe der Generalklauseln.

Aus diesem Grunde führt die Nichtbeachtung des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3, II GG auch nicht ipso iure zur Nichtigkeit der Vereinbarung. Der Grundsatz der Gleichberechtigung ist als Grundrechtsnorm in seiner unmittelbaren Wirkung ausschließlich ⁴³⁾ staatsgerichtet, d. h. mit anderen Worten: für die Frage der staatsbürgerlichen Gleichwertigkeit darf der Geschlechtsunterschied keine Bedeutung haben. Das berührt aber nicht vertragliche Vereinbarungen. Sie können ohne weiteres in Abweichung vom Grundsatz des Art. 3, II getroffen werden, nur müssen die Vertragspartner beim Abschluß die gleichen rechtlichen Gestaltungschancen haben ⁴⁴⁾. Vertragliche Benachteiligungen der Frau, für die der Geschlechtsunterschied allein und nicht etwa zudem andere sachliche Gründe kausal sein müssen ⁴⁵⁾, werden also nicht wegen eines Verstoßes gegen Art. 3, II nichtig sein, sondern weil sie mit dem auf der Sittenordnung beruhenden Prinzip der guten Sitten unvereinbar sind.

43) Knur, DNZ 57, 466; Dürig, FamRZ 54, 2 ff; Finke, MDR 57, 579; Reinicke, NJW 53, 684; Dölle, JZ 53, 360; BGH - NJW 52, 1330.
Vgl. Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1408, Anm. 6.

44) Dölle, in JZ 53, 360.

45) Gedanke aus BVerfG 2, 286 zu Art. 3, III GG.

§ 4

Das Wesen der Ehe

Als weitere Schranke der güterrechtlichen Vertragsfreiheit wird im Schrifttum immer wieder ⁴⁶⁾ angeführt, der Vertrag dürfe keine Vereinbarungen enthalten, die im Widerspruch zu dem "Wesen der Ehe" stünden. Nun ist die Ehe, wie von MARCHTALER ⁴⁷⁾ sagt, keine "statisch daseiende Substanz", die festen unverrückbaren Regeln unterliegt. Es wird deshalb auch schwer sein, das Wesen der Ehe als eine feste Grenze zu erfassen, denn sie befindet sich "in einem ewigen, immer erneuernden schöpferischen Prozeß der Erfassung und Zusammenfassung der Gatten", der "stetigen Neugestaltung" ⁴⁸⁾ ihrer Gemeinschaft.

Dieser Gemeinschaftsgedanke ist der Kern, an dem sich "ständige Neuverwirklichung der Lebenstotalität der Ehe" orientieren muß ⁴⁹⁾. Im Gesetz findet dies seinen Ausdruck in den Vorschriften, die die eheliche Lebensgemeinschaft (§§ 1353 ff.) und die sich aus ihr ergebenden gegenseitigen Rechte und Pflichten, insbesondere die gegenseitige Unterhaltspflicht, zum Gegenstand haben (§ 1360 BGB).

Da der Ehevertrag aber keine Regelungen der ehelichen Lebensgemeinschaft oder der Unterhaltspflicht, sondern nur Güterstandsvereinbarungen zuläßt, ist eine "wesensfeindliche" Vereinbarung hier auch nur insoweit interessant, als sie die Zugewinnngemeinschaft modifizieren will. Ein Beispiel hierfür zu

-
- 46) Staudinger-Engelmann § 1432, 3, c; Planck § 1432, Anm. 2;
Opet - v. Blume § 1432, 2, c; Fränkel Seite 58; Türcke-Niedenführ-Winter § 1432, 8, 4; Krüger-Breetzke-Nowack § 1408, Ziff. 4;
Lehmann Seite 78; Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1408, Anm. 19.
- 47) von Marchtaler, "Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft", 1932, Seite 3.
- 48) von Marchtaler, a. a. O.
- 49) von Marchtaler, a. a. O.

finden, bereitet Schwierigkeiten. Denn das Prinzip der getrennten Vermögensmassen, das den gesetzlichen Güterstand beherrscht, läßt eine Verwirklichung des Gemeinschaftsgedankens als Ausdruck der Einheit der Ehe nur in sehr beschränktem Maße zu, so etwa in § 1378 I BGB. Selbst wenn dort die Ausgleichsquote auf ein Minimum, etwa 1/10 des Überschusses, beschränkt würde, könnte darin noch nicht generell ein Verstoß wider das "Wesen" der Ehe erblickt werden, denn dieses verlangt nicht zwingend eine hälftige Beteiligung. Wäre dies der Fall, so müßte der Güterstand der Gütertrennung unzulässig sein.

Der Grund, weshalb das "Wesen der Ehe" dennoch herrschend ⁵⁰⁾ als Schranke der Ehevertragsfreiheit bezeichnet wird, ist wohl vor allem in der Tradition zu suchen. Denn der alte gesetzliche Güterstand gab eher die Voraussetzungen, güterrechtliche Vereinbarungen in Kollision mit den Gedanken von Einheit und Gemeinschaft der Ehe zu sehen ⁵¹⁾. Um in einem solchen Fall die Nichtigkeit zu begründen, ist es aber nicht notwendig, das "Wesen der Ehe" als spezifische güterrechtliche Schranke der Vertragsfreiheit zu berücksichtigen. Denn dieses findet für das gesamte Gebiet des bürgerlichen Rechts seine Sicherung durch die Generalklausel des § 138, I BGB, die den Maximen der Sittenordnung für das Verhältnis Gleichgeordneter den gleichen Schutz verleith, wie sie es für das Gewaltverhältnis durch die Grundrechte, hier Art. 6, I, 19, II GG tut.

Eine Vereinbarung, die gegen das Wesen der Ehe verstößt, wird daher immer unmittelbar durch § 138, I BGB vernichtet werden.

50) Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK 1408, Anm. 20; RG 87, 63 und BGH 12, 400; Planck 1432, Anm. 2; Staudinger-Engelmann, 1432, 3 c; Schmidt-Hedemann-Fuchs 1432, 6 d; Dernburg § 54.

51) Das fast einheitlich - so Staudinger-Engelmann, § 1432, 3 c; Opet-v. Blume, § 1432, 2 c; Türcke-Niedenführ-Winter, § 1432, 8, 4 - im Schrifttum angeführte Beispiel geht von der Vereinbarung aus, daß alles, was die Ehegatten erwerben, zu Eigentum der Frau erklärt wird und die Natur des Vorbehaltsgutes haben soll. Das Amtsgericht als Registergericht lehnte eine Eintragung ab, weil der Ehemann sich jeder Erwerbsfähigkeit (partielle Rechtsfähigkeit) begeben, sich zum "Unfreien" mache, weshalb der Vertrag als gegen den Grundsatz der guten Sitten verstoßend nichtig sei. Von einem Verstoß gegen das Wesen der Ehe als eines eigenen Rechtsinstituts ist in der zitierten - JW 1902, 247 - Entscheidung nirgends die Rede, meines Erachtens auch zu Recht, denn es besteht keine ersichtliche Notwendigkeit, weshalb das Wesen der Ehe, das durch § 138, I schon seinen Schutz erfährt, noch auf dem weiteren Wege der Grundrechtsübertragung Schranke für das Zivilrecht sein soll.

2. Abschnitt: Vorschriften zwingenden Rechts

§ 5

Die bindende Funktion der spezifischen (wesenbestimmenden) Merkmale des gesetzlichen Güterstandes

Jeder Güterstand hat gewisse Regelungen, die sein Wesen derart bestimmen, daß er ohne diese seines Charakters beraubt und sein Ziel nicht erreichen könnte. So wie es bei der Gütergemeinschaft nicht möglich ist, die Bildung von Gesamtgut generell auszuschließen und dennoch an den §§ 1415 - 1518 festzuhalten, sind auch bei der Zugewinnngemeinschaft manche Bestimmungen derart spezifisch, daß ihr Ausschluß zum Fortfall des gesamten Güterstandes und somit zur Gütertrennung (§ 1414) führen muß. Diese bestimmenden Vorschriften bilden das "Wesen" des Güterstandes.

Der gesetzliche Güterstand ist ein "Güterstand der Trennung, bei dem ... jeder der Gatten an dem Erwerb des anderen während der Ehe angemessen beteiligt wird⁵²⁾. Seine Spezifika sind demnach insbesondere die Vorschriften, die die Trennung der Gütermassen und den grundsätzlichen Ausgleich des Zugewinns zum Inhalt haben, also die §§ 1363 II und 1373, 1378 BGB. Werden diese vertraglich beseitigt, so kann der gesetzliche Güterstand nicht mehr die ihm eigenen Wirkungen hervorbringen. Ob und wie weit dies im Rahmen des Zulässigen liegt, erscheint zweifelhaft.

Fortsetzung der Fußnote

51) Bartholomäus, JW 1902, 247, sieht das wesentlich größere Bedenken gegen diesen Vertrag - ob der Ehemann sich wirklich seiner Erwerbsfähigkeit durch diese Art Durchgangserwerb begibt, mag dahingestellt sein - in § 310 BGB, der jegliche Vertragsfreiheit einengt, als er die Verpflichtung zur Verfügung über ein künftiges Vermögen für nichtig erklärt.

52) Lehmann, § 12, II; Maßfeller I, B vor § 1363; Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1408, Anm. 28; vgl. auch die Protokolle des 33. (1924), 36. (1931) und 38. (1950) "Deutschen Juristentages" sowie die Begründung des Regierungsentwurfs - Bundestagsdrucksache Nr. 224, (S. 31/37).

Das Schrifttum behandelt diese Frage uneinheitlich. Während SCHMIDT-HEDEMANN-FUCHS ⁵³⁾ vortragen, das Wesen des Güterstandes werde erst durch die Vereinbarung geprägt, weshalb diese nicht gegen das Wesen verstoßen könne, bezweifeln STAUDINGER-ENGELMANN ⁵⁴⁾, BOLLENBECK ⁵⁵⁾ und in neuerer Zeit auch ERMAN-FINKE ⁵⁶⁾ die beschränkende Kraft der "typischen" Normen, ohne den Versuch einer eingehenden Begründung zu unternehmen. Die Problematik betrifft wieder ⁵⁷⁾ die Frage, ob der Ehevertrag (§§ 1408, 1409 BGB) eine inhaltlich beliebige Ausgestaltung des Güterstandes erlaubt. Wird der vorgetragenen Meinung gefolgt und dies abgelehnt, so kann auch eine Abänderung der wesensbestimmenden Normen des Güterstandes nicht für zulässig erachtet werden, ohne daß nicht dadurch gleichzeitig der gesamte Typus hinwegbedungen würde. Der Ehe-

53) Schmidt-Hedemann-Fuchs § 1432, Anm. 6 d; vgl. auch Crome § 568 Ziff. 5 b und Anm. 28. Die Begründung kann nicht überzeugen, da sie den numerus clausus der gesetzlich vorgesehenen Güterstandstypen außer Betracht läßt, wobei eine konsequente Befolgung der Theorie zu einer völligen Güterstandstypenfreiheit führen müßte.

54) Staudinger-Engelmann § 1432, 3 c. "Die Frage (ob ein Ehevertrag nichtig ist, der mit dem Wesen des unter den Ehegatten bestehenden Güterstandes nicht vereinbar ist) dürfte zu verneinen sein.

55) Bollenbeck, Recht 1904, S. 34: "Dagegen kann ich es nicht richtig finden, wenn Planck IV, 192 auch solche Eheverträge für unzulässig erklärt, die mit dem Wesen des unter den Ehegatten geltenden Güterstandes nicht vereinbar sind".

56) Erman-Finke § 1408, Ziff. 4: "Die im Schrifttum mehrfach anzutreffende Meinung, daß auch Vereinbarungen in Eheverträgen unzulässig seien, die dem Wesen des Güterstandes widersprechen, dürfte wegen ihres unbestimmten Gehalts wenig brauchbar sein."

57) Vgl. hier § 1

vertrag muß sich auf die Bestimmung oder Abänderung eines der vom Gesetzgeber vorgesehenen Güterstandstypen beschränken, von denen jeder eine Tendenz verfolgt, die in seinen tragenden Normen zum Ausdruck kommt. Wandelt der Ehevertrag aber einen Typus derart ab, daß dieser seiner Tendenz beraubt wird, so dient die Vereinbarung nicht der Abänderung, sondern der Schaffung eines neuen Güterstandes. Das wird aber durch die §§ 1408, 1409 BGB nicht ermöglicht. Die spezifischen Normen eines Güterstandes werden deshalb überwiegend ⁵⁸⁾ als Vorschriften zwingenden Rechts betrachtet.

58) Planck-Knzner § 1432 Anm. 9 c; Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1408, Ziff. 28; Opet-v. Blume § 1432, 2 c; Palandt-Lauterbach § 1432 Anm. 4; Enneccerus-Kipp-Wolff, 2. Aufl., § 41, IV; Lehmann S. 69; Warneyer Bem. III zu § 1432; Joerges S. 157 (Sternnote) und S. 225; deutlich das OLG Kolmar im Beschluß vom 25. 5. 1903, OLG-Rspr. 7, 53: "Diese (sog. güterrechtliche Vertragsfreiheit) reicht aber nicht so weit, daß ihnen (den Ehegatten) Bestimmungen gestattet wären, die mit dem Wesen des zwischen ihnen bestehen bleibenden Güterstandes nicht vereinbar sind. Vielmehr ist ihnen die Grenze gezogen, daß sich die vertragsmäßige Regelung innerhalb des Rahmens des durch sie modifizierten gesetzlichen Güterstandes zu halten hat." So auch Bollenbeck, DNotZ 1911, 772 ("Daß bei jedem Güterstand die Normen, welche sein Wesen bestimmen, zwingendes Recht sind, bedarf keiner Ausführung"), der sich zuvor noch im gegensätzlichen Sinn ausgesprochen hatte (Recht 1904, S. 34, vgl. hier Anm. 55). Von Baligand "Der Ehevertrag", S. 35 ff., ebenso. Er unterteilt die Güterstandsnormen in drei Gruppen, von denen nur diejenige frei modifizierbar sei, die die nähere Ausgestaltung des dem Güterstande wesentlichen Rechtsverhältnisses regelt. Dagegen bestünde eine Beschränkung der Ehevertragsfreiheit durch die Normen, die das dem Güterstande wesentliche Verhältnis der beiderseitigen Vermögensmassen in der Bedeutung einer Legaldefinition (Sie geben die Voraussetzung an, unter der allein die besonderen ... Rechtsformen des betreffenden Güterstandes begründet werden können.) angeben oder seinem wesentlichen Inhalt nach bestimmen ("mit der Beseitigung eines solchen wesentlichen Inhaltsbestandteils vermag das Rechtsverhältnis nicht mehr die ihm eigentümlichen Wirkungen hervorzubringen und es kommt nur mehr die Konversion in ein gewöhnliches Sachen- oder Obligationenrechtsgeschäft in Frage").

Kann dies als Prämisse festgehalten werden, so sind im Folgenden die Kernprinzipien des gesetzlichen Güterstandes zu erkennen. Hier vermag die Begriffsbestimmung von BOLLENBECK ⁵⁹⁾ zu helfen, die bei jedem Güterstande "die Merkmale als wesentlich bezeichnet, welche (dem Güterstande) unerläßlich zukommen, also die Rechtsformen oder Rechtsverhältnisse, welche bei ihm nicht fehlen dürfen, wenn er das sein soll, was er seinem Begriffe nach ist und wodurch er sich grundsätzlich von den anderen Güterständen unterscheidet." Zieht man noch die Unterteilung von v. BALIGAND ⁶⁰⁾ hinzu, so wird das Wesen der Zugewinnsgemeinschaft durch zwei Prinzipien ⁶¹⁾ geprägt: die unbedingte Trennung der Vermögen als "Legaldefinition" des Güterstandes (§ 1363, Abs. II, Satz 1 BGB) und die grundsätzliche Beteiligung am überschießenden Zugewinn als die spezifische ihm eigentümliche Lösung (§ 1363, II, 2). Die ehevertragliche Vereinbarung, die ein anderes "absolutes güterrechtliches Verhältnis" ⁶²⁾ innerhalb der Zugewinnsgemeinschaft bestimmen will, ist deshalb nichtig, während für den prinzipiellen Ausschluß des Zugewinnausgleichs § 1414 Satz 2 BGB gilt: es tritt Gütertrennung ein, falls sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt.

59) Bollenbeck, DNotZ 1911, 772.

60) Siehe hier Anm. 58.

61) Vgl. die Begründung des neuen gesetzlichen Güterstandes durch den Abgeordneten Seidl (zur Bundestagsdrucksache 2409, S. 6): "Wer das Gesetz liest, soll gleich wissen, was er sich unter diesem Güterstand vorzustellen hat: Das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau werden nicht gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten Der Zugewinn wird jedoch ausgeglichen Vgl. hierzu auch Anm. 52.

62) v. Baligand, Seite 35.

§ 6

Gesetzliche Vermutungen, die Drittschutzbestimmungen
und der Stiefkinderpflichtteil

Neben den Kernbestimmungen eines jeden Güterstandstypus werden im Schrifttum vereinzelt die gesetzlichen Vermutungen ⁶³⁾, die Dritten eingeräumten Rechte ⁶⁴⁾ und die Regelung des Pflichtteilrechts als Vorschriften zwingender Natur bezeichnet. Denn hierbei handele es sich um Vorschriften, die den Schutz Dritter beträfen, was nicht Gegenstand privater Abmachungen sein könne ⁶⁵⁾.

Eine gesetzliche Vermutung bringt die Zugewinnngemeinschaft bezüglich der Richtigkeit des gemeinsam erstellten Bestandsverzeichnisses (§ 1377, Abs. I BGB) ⁶⁶⁾. Die Dritten eingeräumten Rechte, insbesondere das Widerrufsrecht während der Schwebezeit bei Verträgen ohne die erforderliche Einwilligung (§ 1366, II), sind der Vertragsfreiheit entzogen, denn jede Verpflichtungs- und Verfügungsfreiheit beschränkt sich auf die Rechte und Pflichten, die den Parteien zustehen.

Was vertragliche Regelungen über den Ehegattenpflichtteil (§ 2303, II) angeht, so hat der Gesetzgeber selbst die Lösung gezeigt, indem er die Vereinbarung in § 1371 Abs. III mittelbar für zulässig erklärte.

63) Schmidt-Hedemann-Fuchs, 1432 Anm. 6 d.

64) so auch Erman-Finke, 1408, Ziff. 4.

65) Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK, § 1408, Anm. 17

66) Die Frage der zwingenden Natur dieser Vorschrift wird im "Besonderen Teil" dieser Dissertation (§. 23) behandelt werden.

§ 7

Gesetzliche Verbote

Schließlich darf der Ehevertrag nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 134, 137). Er kann den Güterstand nicht durch Verweisung auf ein nicht mehr geltendes oder auf ausländisches Recht bestimmen (§ 1409) und er kann keine Anordnungen enthalten, die mit den Vorschriften der §§ 1483 - 1517 in Widerspruch stehen (§ 1518 BGB).

Das Ergebnis dieses Kapitels zeigte, daß die Ehevertragsfreiheit neben den Bindungen des allgemeinen Teils einer spezifischen güterrechtlichen Vertragsschranke nur insoweit unterliegt, als die wesentlichen Normen des abzuändernden Güterstandes nicht beseitigt werden dürfen. Der folgende "Besondere Teil" der Dissertation wird untersuchen, welche Wirkungen sich hieraus für die Modifikationsmöglichkeit der einzelnen Norm ergeben.

3. Kapitel

Modifikationsmöglichkeiten des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft

§ 8

Die Übertragung der Verwaltungsbefugnis

1. Abschnitt: Vorschriften, die die Verwaltung und Verfügung über die Vermögen betreffen

Der Grundtendenz des gesetzlichen Güterstandes, die Vermögen der Ehegatten getrennt zu halten, entspricht das Prinzip der freien Vermögensherrschaft ⁶⁷⁾. Jeder Ehegatte ist Herr seines Vermögens, nur er selbst kann Verpflichtungen wie Verfügungen vornehmen, die sein Vermögen betreffen. Diese Fähigkeit bezeichnet der Gesetzgeber als Vermögens-"Verwaltung". Der Begriff geht hier allerdings über den im üblichen Sinn hinaus ⁶⁸⁾, als sonst im juristischen Sprachgebrauch unter Verwaltung nur Fürsorge durch das Ziehen von Nutzungen verstanden wird. Die Vermögensfreiheit findet nur dann ihre Grenze, wenn es sich um das Vermögen im Ganzen (§ 1365) oder Gegenstände des ehelichen Haushalts (§ 1369) handelt.

Diese Regelung des § 1364 wird nicht für alle Ehen die zweckmäßigste Lösung bringen. Die Ehefrau, die die Verwaltung des ererbten Vermögens dem versierteren Mann übertragen will, die Gatten, die die alte "Nutzwverwaltung" wieder einführen wollen - sie alle werden ein Interesse daran haben, die Verwaltungsregel anders zu bestimmen, als sie der Typus vorsieht.

⁶⁷⁾ Müller-Freienfels, JZ 57, 689.

⁶⁸⁾ Herrschende Meinung, vgl. Bärmann AcP 157, 159; Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK 1364 Anm. 2 will den bürgerlich-rechtlichen Verwaltungsbegriff - Rechtshandlungen, "die der Erhaltung oder Mehrung der Werte des Vermögens dienen oder zu dienen geeignet sind" - auch auf das Gebiet des Güterrechts bezogen sehen. Die enge Fassung entspricht meines Erachtens aber nicht dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes, insbesondere des § 1364, wo der Begriff der Vermögensverwaltung als Oberbegriff jeder Verfügungs- wie Verpflichtungsfähigkeit über Vermögenswerte ohne Rücksicht auf Mehrung oder Minderung der Substanz gebraucht wird.

Das Innenverhältnis dieses Übertragungsgeschäfts bereitet keine Schwierigkeiten. Die Befugnis, den anderen Ehegatten bei der Verwaltung seines Vermögens zu vertreten, kann auf Grund eines Auftrags, eines Dienstvertrages oder eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) ⁶⁹⁾ bestehen. Die Zulässigkeit eines solchen Vertrages wird allgemein anerkannt ⁷⁰⁾. Sie ergibt sich mittelbar schon aus dem Gesetz: § 1413 verlangt die Form des Ehevertrages, wenn bei der Verwaltungsüberlassung das Recht auf Widerruf ausgeschlossen werden soll. Das setzt aber logisch voraus, daß eine Übertragung der Verwaltungsbefugnis überhaupt zulässig ist. Sie kann formlos erfolgen, wie sich aus § 1413 ergibt. Denn wäre die Form des Ehevertrages nötig, so wäre § 1413 überflüssig ⁷¹⁾.

§ 9

Der Ausschluß des Widerrufsrechts bei der Verwaltungsüberlassung

Sowohl Auftrag, Dienstvertrag wie entgeltliche Geschäftsbesorgung lassen in gewissem Umfang einen Ausschluß des Widerrufsrechts zu.

69) so Bärmann, AcP 157, 203; Knur, DNotZ 57, 467; Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG 1364 Anm. 3; Lehmann, § 12, II, 3; Körner, § 86, S. 244

70) Der Begriff der entgeltlichen Geschäftsbesorgung in § 675 ist selbständig gegenüber § 662 BGB; vgl. dazu Enneccerus-Lehmann, § 16 c, I, 3; Palandt-Gramm, § 662 Anm. 3.

71) § 1413 selbst unterliegt nicht der Parteiautonomie. Er ist, obwohl reine Formschrift, Verbotsnorm i. S. des § 134 BGB (so Scheffler-Koeniger BGB-RGRK 1413, 13). Nach der heute fast ausschließlich vertretenen objektiven Theorie (Enneccerus-Nipperdey § 190, III, 3; Müller-Freienfels AcP 156, 537 mit Anm. 74) kommt es für die Anwendung des § 134 allein auf die "objektive Funktionswidrigkeit" des Geschäfts an. Entscheidend ist, ob "nach Sinn und Zweck der Norm" ein bestimmter Erfolg verboten oder allein möglich sein soll. Hierzu sind auch die Formvorschriften zu zählen, denn sie wollen den Erfolg - die Rechtswirksamkeit - bei besonders folgeschweren Vereinbarungen nur unter Beachtung strengerer Erfordernisse zulassen.

- a) Beruht die Verwaltungsbefugnis auf einem Dienstvertrag, so endet das Dienstverhältnis mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit (§ 620 Abs. 1 BGB). Ist es unbefristet vereinbart, so kann es ordentlich (§ 620 Abs. 2 BGB) von den Beteiligten gekündigt werden. Soll diese Möglichkeit bei dem Dienstherrn ausgeschlossen werden, so müssen die Ehegatten das Rechtsverhältnis auf Lebenszeit oder für längere Dauer als fünf Jahre vereinbaren ⁷²⁾. In diesem Fall kann (§ 624 BGB) nur der Verpflichtete nach fünf Jahren mit einer Frist von sechs Monaten kündigen, während das ordentliche Kündigungsrecht des berechtigenden Ehegatten ausgeschlossen ist. Das außerordentliche Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde wird allerdings dadurch nicht berührt. Es ist ein Gebot der Sittlichkeit und daher nicht abdingbar ⁷³⁾.
- b) Das unter a) Ausgeführte gilt in gleicher Weise für einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat, § 675 BGB nimmt bei der Verweisung auf gewisse Vorschriften des Auftragsrechts § 671 aus, der Widerruf bzw. Kündigung des Auftrags behandelt, woraus zu schließen ist, daß die Kündigungsregeln sich nach den Vorschriften des Dienstvertragsrechts bestimmen, somit auch die §§ 620 und 624 BGB Anwendung finden.
- c) Liegt der Verwaltungsbefugnis ein Auftrag zu Grunde, so kann der beauftragende Ehegatte jederzeit widerrufen (§ 671 BGB). Ob ein Verzicht auf dieses Widerrufsrecht zulässig ist, hängt davon ab, ob die Beauftragung nur den Interessen des Auftraggebers oder auch denen des Auftragnehmers dient. Im ersteren Fall ist ein wirksamer Verzicht nicht möglich ⁷⁴⁾. Hat der Auftraggeber kein Interesse mehr an der Durch-

⁷²⁾ Soll die Verwaltung über den Tod hinausgehen, so liegt im Ergebnis die Anordnung einer Testamentvollstreckung vor, die der dazu notwendigen Form bedarf.

⁷³⁾ Herrschende Meinung, so Staudinger-Nipperdey § 626 Ziff. 53; Palandt-Gramm § 626 1 b; Denecke BGB-RGRK 626 Ziff. 17. Ob auch der zweite Halbsatz des § 1413 Verbotsnorm i. S. des § 134 BGB ist, muß wegen der Bedeutungslosigkeit der Frage an dieser Stelle nicht geprüft werden.

⁷⁴⁾ Windscheid-Kipp Pand. 2, 806; Kohler 392 ff.; Gierke § 203 Anm. 29; von Tuhr § 192 Anm. 42; Isele, Geschäftsbesorgung S. 54 ff; Staudinger-Nipperdey § 671, Ziff. 11

führung des Auftrags, läuft dieser seinen Interessen evtl. sogar zuwider, so ist es sittenwidrig, ihn durch einen Verzicht auf das Widerrufsrecht von der Willkür des Beauftragten abhängig zu machen. Diese Unterwerfung des Auftraggebers unter den Willen des Beauftragten ist hier in besonderem Maße unvertretbar, weil dessen Interessen selbst durch die Ausführung des Auftrages nicht berührt werden.

Anders ist es, wenn von der Durchführung des Auftrages auch die Interessenlage des Auftragnehmers betroffen wird: auch dann ist dieser noch unentgeltlich, aber ein gewisser Gegenwert für die Ausführung liegt in der Erfüllung des eigenen Interesses des Beauftragten. Hier räumt man ⁷⁵⁾ dem Auftraggeber das Recht ein, auf die Möglichkeit des Widerrufs zu verzichten. Ob Eigeninteresse bei der Übertragung der Vermögensverwaltung auf den anderen Ehegatten bei diesem vorliegt, hängt jedoch von den einzelnen Umständen ab. In der Regel wird es wohl unterstellt werden können: das Bestreben, den Bestand des Vermögens der Frau so hoch wie möglich zu halten, um einmal die Sicherheit der Familie zu gewährleisten, dann aber auch eine eventuelle eigene Ausgleichsverpflichtung durch möglichst geringen Zugewinnüberschuß zu mindern, wird in irgendeiner Form immer bestehen und als ausreichend erachtet werden können, um das Eigeninteresse zu bejahen.

Kann mithin das Innenverhältnis - die Verwaltungsübertragung - unwiderruflich ausgestaltet werden, so bleibt zu prüfen, ob dies auch für das Außenverhältnis bei der Vollmacht gültig ist, denn erst diese ermöglicht, daß das Handeln auf Grund des Auftrages oder Dienstvertrages unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Dabei ist es zunächst notwendig, allgemein und gelöst vom speziellen Problem der Verwaltungsübertragung innerhalb des gesetzlichen Güterstandes den zulässigen Rahmen der unwiderruflichen Vollmacht und ihrer vertraglichen Ausbildung zu untersuchen. Später ist es dann möglich, die daraus gewonnenen Erkenntnisse auf die güterrechtlichen Fragen übertragen und ihre Beantwortung finden zu können.

75) Staudinger-Nipperdey § 671 Ziff. 11; Enneccerus-Lehmann § 163 I 1 a mit Anm. 2; Oertmann 1 a; gegen BGB-RGRK § 671 Ziff. 3; Palandt-Gramm § 671, Anm. 2.

Die Zulässigkeit einer unwiderruflichen Vollmacht ist im Schrifttum keineswegs unbestritten⁷⁶⁾. Zumeist wird dagegen der Einwand erhoben, die Möglichkeit des Widerrufs gehöre zum Wesen der Vollmacht als "immanente Eigenschaft". Das trifft aber wohl nicht zu. Weder logische noch Zweckmäßigkeitserwägungen erfordern die Widerrufbarkeit der Vollmacht⁷⁷⁾. Der Verzicht auf das Widerrufsrecht stellt noch keine "partielle oder totale Selbstentmündigung" dar, er verletzt noch nicht "die Grenze der Selbstachtung, die niemand überschreiten darf"⁷⁸⁾, denn "die Vertretungsfolge kann in der Bevollmächtigung bereits inhaltlich so bis ins Einzelne festgelegt sein", daß sich die Entscheidungsfreiheit des Vertreters nur noch auf das "Ob" des Geschäftsabschlusses bezieht.

Die Voraussetzung ist aber, daß die Unwiderrufbarkeit sich entweder aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis ergibt (§ 168, 2 BGB), oder daß sie vereinbart werden konnte, weil⁷⁹⁾ "die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten oder eines Dritten oder im gemeinschaftlichen Interesse beider Teile" liegt.

76) Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft S.110, Anm.23; vgl. auch RG 3, 186 ff.; Windscheid-Kipp I, § 74, Note 2 c; Hellwig S.79; Schloßmann II, S.585 ff.; Jung in Iherings J. 69, 100 ff.; Brodmann in Ehrenbergs HdB. IV, 2 S. 132; "Ein Verzicht (auf den Widerruf) ist in Wahrheit mit dem Wesen der Vollmacht unvereinbar"; Scholz, JR 58, 17.

77) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 111.

78) Müller-Freienfels, a. a. O., S.111/112. Der Ausschluß des Widerrufs bei der Vollmacht darf nach herrschender Rechtsprechung und Lehre nicht zu einer unsittlichen Freiheitsbeschränkung oder Selbstentmündigung des Vollmachtgebers führen. Vgl. dazu KGJ 47, 150; JR 1925, 1340; RG Seuffert 79 Nr.221; Bauer-Mengelberg (Generalvollmacht) S.62; H. Lehmann § 36, V, 5 c; Schlegelberger-Vogels A, 12 zu § 168; Enneccerus-Nipperdey § 186, IV, 2, b.

79) Enneccerus-Nipperdey, § 186, IV, 2 c; KGJ 47, 150; JR 1925, 1340; RG Seuffert 79, Nr.221; Bauer-Mengelberg S. 62; Lehmann § 36, V, 5 c; Schlegelberger-Vogels, Anm. 12 zu § 168; Nach Soergel-Siebert - § 168, Anm. 20 - ist die Vollmacht "auch ohne ausdrückliche Vereinbarung dann unwiderruflich, wenn sie nicht lediglich für die Belange des Vollmachtgebers, sondern auch für die Belange des Bevollmächtigten oder eines Dritten, insbesondere zwecks Sicherung oder Verwirklichung ihrer Rechte" erteilt wird.

Grundsätzlich wird durch die Vollmacht, die Verfügungsmacht des Vollmachtgebers nicht berührt. Das folgt aus der Natur der Vollmacht, die eine Erweiterung, nicht eine Beschränkung der eigenen Handlungsfähigkeit bewirken will⁸⁰⁾. Der Regelfall bereitet demnach auch keine Schwierigkeiten: bevollmächtigt der A den B, sein Fahrrad zu verkaufen und zu übereigenen, wird er aber selbst vor dem B tätig, so ist die Vollmachterteilung ohne jeden Einfluß auf die Wirksamkeit der Verträge. Das ist selbst dann so, wenn die Bevollmächtigung unwiderruflich erfolgte. Denn hier gilt der Grundsatz: "Konkurrenz und Kollision im Handeln des Vertreters und des Vertretenen (oder im Handeln mehrerer Vertreter) lösen sich in allen Fällen in gleicher Weise, wie wenn die mehreren konkurrierenden oder kollidierenden Handlungen vom Vertretenen selbst vorgenommen worden wären"⁸¹⁾. Dieser Grundsatz bringt nur dann keine Lösung, wenn der Vertreter gleichzeitig mit dem Geschäftsherrn handelt, wobei seine Willenserklärung mit der des Prinzipals inhaltlich kollidiert. Die Problematik, welche Erklärung nun entscheidend sein soll - die des Prinzipals oder die des Vertreters - zeigt sich besonders am Beispiel der Stimmrechtsvollmacht: A, Gesellschafter einer GmbH, bevollmächtigt den B, sein Stimmrecht in der Gesellschaftsversammlung wahrzunehmen. Bei der Abstimmung erscheint der A aber selbst und stimmt anders als der B ab.

Erfolgte die Bevollmächtigung widerruflich, so hilft man sich meist damit, daß in dem Erscheinen und Abstimmen des A ein Widerruf der Vollmacht des B aus schlüssigem Verhalten gesehen wird⁸²⁾. Diese Möglichkeit besteht bei einer unwiderruflichen Vollmacht nicht, die im ausschließlichen Interesse des Vertreters liegt. Hier ist das Widerrufsrecht des Vollmachtgebers auf das Vorliegen eines "wichtigen Grundes" begrenzt⁸³⁾. Besteht dieser nicht, so liegen zwei - anscheinend formal gültige - Abstimmungen eines Rechtsträgers vor. Welche soll nun wirksam sein?

80) RG LZ 1917, 389/390; Scholz, JR 58, 17.

81) Riezler, AcP 98, 388.

82) Staudinger-Going, § 168, Anm. 13; von Tuhr II, 2, S.405; Müller-Freienfels a. a. O., S.124 ff.; Scholz JR 58, 17.

83) Soergel-Siebert, § 168, Anm. 18; Scholz JR 58, 17; Müller-Freienfels äußert sich nicht - wie Scholz angibt - im gegenteiligen Sinn.

- a) HACHENBURG ⁸⁴⁾ verweigert dem Prinzipal in diesem Fall, in dem er die Stimmrechtsvollmacht erteilt hat, "das Recht, selbst zu erscheinen, denn er habe Teilnahme und Stimmrecht vergeben." Das erscheint sehr zweifelhaft, denn wie HACHENBURG ⁸⁵⁾ selbst ausführt, ist das Stimmrecht des Gesellschafters ein Mitgliedschaftsrecht, das nicht übertragbar ist. Somit kann dem Bevollmächtigten auch nicht das Stimm- und Teilnahmerecht "vergeben" sein, denn dieser ist nur ermächtigt, es für den Prinzipal auszuüben.
- b) RIEZLER ⁸⁶⁾ geht von dem Charakter der Vollmacht aus. Da diese "gleichwertiges Surrogat" der Eigenhandlung, "fiktive" Eigenhandlung sei, seien die konkurrierenden und kollidierenden Handlungen des Geschäftsherrn und des Vertreters so zu betrachten als seien sie sämtlich vom Vertretenen selbst vorgenommen. Das führt dazu, daß mehrere Verpflichtungen bezüglich eines Gegenstandes schon bestehen können, daß sich widersprechende gleichzeitig vorgenommene Verfügungen aber aus dem Gesichtspunkt der Perplexität unrettbar nichtig sind.
- c) Das Beispiel der Stimmrechtsübertragung ist etwas unglücklich gewählt, was insbesondere von SCHOLZ ⁸⁷⁾, der zu den Gegnern der "verdrängenden" Erklärung des Vertreters rechnet, übersehen worden zu sein scheint. Denn bei der Stimmrechtsvollmacht ist in besonderem Maße darauf zu achten, daß sie nicht praktisch - durch den Ausschluß des Widerrufsrechts und die möglicherweise verdrängende Erklärung des Vertreters - einer Stimmrechtsübertragung gleichkommt, die anerkannterweise ⁸⁸⁾ verboten ist. Deshalb hält FISCHER ⁸⁹⁾ die unwiderrufliche

84) Hachenburg § 48, Anm. 10 bb.

85) Hachenburg § 47, Anm. 15, herrschende Meinung, so auch Scholz - GmbH-G § 47, Anm. 3; Baumbach-Hueck § 47, 3 A.

86) Riezler, AcP 98, 387.

87) Scholz, JR 58, 17.

88) Siehe hier Anm. 84.

89) Fischer, GmbH-Rundsch. 1952, 115. M.E. ist gegen eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht nichts einzuwenden, denn sie nimmt dem Vollmachtgeber nicht das Recht, selbst abzustimmen; sie berührt die Belange der Gesellschaft nicht, da die Stimme des Vollmachtgebers selbst vor der gleichzeitig kollidierenden des Vertreters den Vorrang hat. Erst wenn sie mit einem gleichzeitigen Stimmrechtsverzicht des Stimmrechtsinhabers verbunden wird, ist sie unzulässig, da sie dann einer - verbotenen - Stimmrechtsabtretung gleichkommt, vgl.

BGHZ 3, 354.

Stimmrechtsvollmacht für unzulässig, da sie "auf der Anerkennung eines gesellschaftsfremden Interesses beruhe, wie es sich in der Person eines Dritten darstelle". Aus diesem Sonderfall eine allgemeine Regel für die etwa verdrängende Wirkung der Erklärung des Vertreters finden zu wollen, erscheint mir deshalb zweifelhaft.

Dennoch ist das Ergebnis zutreffend, nur ist es allein in dem Wesen der Vollmacht zu suchen.

Entscheidend bei gleichzeitigen Erklärung von Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber ist immer der Wille des Vollmachtgebers, denn der Bevollmächtigte soll den Machtgeber in der Willenserklärung vertreten ⁹⁰⁾. "Handelt der letztere aber selbst, so bedarf es keiner Vertretung mehr und der Bevollmächtigte ist nicht berechtigt, sich mit der eigenen Verfügung des Machtgebers in Widerspruch zu setzen und gegen dessen erklärten Willen zu handeln". Denn "der Vollmachtgeber tritt keine eigenen Rechte an den Bevollmächtigten ab ⁹¹⁾. Im Gegenteil: er erweitert seinen eigenen Wirkungs- und Machtkreis, indem er Personen nennt, die gleich ihm für seine Ziele zu wirken in der Lage sind, ja, nach dem Grundgeschäft, das der Vollmacht zugrunde liegt, auch verpflichtet sind." Geschäftsherr bleibt also immer der Vollmachtgeber, denn "wer ein abgeleitetes Recht erwirbt, kann kein stärkeres Recht haben als sein Auktor. Der Auktor, der durch Vollmacht andere an seinem Rechtskreise teilnehmen läßt, beschränkt und verliert nicht sein Recht. Er ist immer befugt, es selbst wahrzunehmen". ⁹²⁾

- d) Deshalb folgt die herrschende Meinung ⁹³⁾ auch nicht MÜLLER-FREIENFELS ⁹⁴⁾, der die Erklärung des Vertreters die gleichzeitig kollidierende des Vollmachtgebers verdrängen läßt, wenn die Vollmacht ausschließlich das Interesse des Vertreters betrifft. Diese Folge läßt das Schrifttum ⁹³⁾ nicht einmal dann eintreten, wenn der A dem B seine sämtlichen Geschäftsanteile an der GmbH verpfändet und eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht erteilt hat. Erscheint A in der Gesellschaftsversammlung

90) RG LZ 1917, 389/390.

91) Scholz, JR 58, 17

92) Scholz, a. a. O.

93) Für andere die hier bereits zitierten Soergel-Soebert, a. a. O.; Riezler a. a. O.; Scholz a. a. O.

94) Müller-Freienfels a. a. O., Seite 125.

selbst, so sei dennoch seine Stimmabgabe als die des Machthabers maßgebend. Denn es komme insbesondere bei der Stimmrechtsausübung nicht auf eine "geänderte Interessenlage nach bereits vollzogener Wertbewegung" ⁹⁵⁾ sondern einzig darauf an, "daß gesellschaftsfremde Einflüsse der Gesellschaft ferngehalten werden. Das sei der Zweck des Verbots der Stimmrechtsabtretung" ⁹⁶⁾. Der Hinweis MÜLLER-FREIENFELS' ⁹⁷⁾ auf englisches Recht, in dessen Bereich dem Interesse des Bevollmächtigten bei gleichzeitigem Kollidieren der Vorzug gegeben wird, kann auch zu keinem anderen Ergebnis führen. Mag das englische Recht es auf die Interessenlage abstellen, nach deutschem Recht ist diese - wie zu sehen war - ohne Einfluß auf die Zuständigkeit des Prinzipals in Bezug auf dessen eigenes Recht. Soll die Zuständigkeit auf den Bevollmächtigten übergehen, so muß zunächst das Recht auf ihn übertragen werden. Dann handelt er aber nicht mehr als Vertreter, sondern macht ein eigenes Recht im eigenen Namen geltend. Somit erübrigt sich auch die Frage, ob die "verdrängende" Folge rechtsgeschäftlich vereinbart werden kann ⁹⁸⁾.

Die grundsätzlichen Untersuchungen haben gezeigt, daß die Vollmacht unwiderruflich, aber nicht verdrängend vereinbart werden kann. Güterstandsregelungen, die ein Recht zur Vermögensverwaltung gewähren, unterliegen der gleichen Bindung: sie können unwiderruflich, nicht aber so weitgehend sein, daß bei gleichzeitig kollidierenden Rechtshandlungen beider Ehegatten die Erklärung des Bevollmächtigten entscheiden soll, denn dies würde dem Charakter der Vollmacht widersprechen.

95) Müller-Freienfels a. a. O., Seite 125. Die Interessenlage in der Person des Gesellschafters wie des Gläubigers kann sich - insbesondere bei der Verpfändung von Gesellschaftsanteilen - ja jederzeit wieder ändern, wodurch die Interessen der Gesellschaft aber nicht betroffen werden dürfen.

96) Fischer Seite 116.

97) Müller-Freienfels a. a. O., Seite 125, Anm. 88.

98) Müller-Freienfels a. a. O., Seite 126. Von der h. M. abgelehnt, so RG Seuffert Arch. 85, 175; RG 153, 366 ff. von Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht, S. 61 und Allg. Teil, § 60 II; Soergel, § 168, 24; Boehmer, Einführungen in das Bürgerliche Recht, S. 204. Vgl. dazu Müller-Freienfels, a. a. O., S. 122 ff. und Staudinger-Coing, § 168, Bem. 12 b.

Fortsetzung der Fußnote 98):

Müller-Freienfels (a. a. O., S. 132 ff.) begründet die Zulässigkeit der unwiderruflich-verdrängenden Vollmacht mit § 137 BGB, der von der herrschenden Meinung zur Ablehnung dieser Möglichkeit herangezogen wird.

Sinn des § 137 sei nicht, eine sittenwidrige Beschränkung der Verfügungsfähigkeit und damit eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts zu verhindern, denn vor dieser Gefahr sei der Einzelne schon durch § 138 Abs. 1 BGB geschützt. § 137 wolle vielmehr verhindern, daß Gegenstände durch private Vereinbarungen dem Rechtsgeschäftsverkehr entzogen würden. Die unwiderrufliche verdrängende Vollmacht dürfe deshalb "zwar nicht mit der Bestimmung verbunden werden, daß der Eigentümer nicht mehr über seine gesamten oder so gut wie gesamten Rechte verfügen könne" (Müller-Freienfels, a. a. O., S. 171), es sei aber zulässig zu vereinbaren, "über ein einzelnes Recht", auf das sich die Vollmacht beziehe, dürfe der Vollmachtgeber nur mit Zustimmung des Bevollmächtigten verfügen. Damit würde ein einzelnes Recht nicht dem Rechtsverkehr entzogen, sondern nur unter eine Verfügungsmodifikation gestellt.

Diese Folgerung wird zu weitgehend sein. § 137 nur dann Anwendung finden zu lassen, wenn es sich um die gesamten Rechte handelt, scheint im Gegensatz zu Sinn und Fassung des Gesetzes zu stehen. Dort ist von einem (= irgendeinem) veräußerlichen Recht die Rede. Daß hierunter nicht nur eine Gesamtheit von Rechten zu verstehen ist, die unter einem rechtlich-komplexen Oberbegriff zusammengefaßt ist ("das Recht zu verfügen"), ergibt sich aus dem Wortlaut des § 137. Jede Verpflichtung, nur über einen einzelnen Gegenstand nicht zu verfügen, beschränkt aber das Recht zur Verfügung über ein veräußerliches Recht und bleibt deshalb für das Außenverhältnis ohne rechtliche Wirkungen. Es handelt sich also hier nicht um eine bloße "Verfügungsmodifikation", sondern um eine ganz handfeste Beschränkung, die mit dem Prinzip des § 137 unvereinbar ist. Für eine Verpflichtung, über die gesamten Rechte nicht zu verfügen, gibt § 137 nicht die richtige Lösung. Eine solche Vereinbarung ist weder im Innen-, noch im Außenverhältnis möglich, denn sie ist mit dem Grundsatz der guten Sitten unvereinbar.

§ 10

Die Bedeutung des § 1365 BGB

Der Grundsatz der freien Vermögensherrschaft unterliegt Einschränkungen, soweit die Sicherheit der Familie ⁹⁹⁾ oder die Ausgleichsforderung ¹⁰⁰⁾ betroffen werden könnte. So bestimmen die §§ 1365 und 1369, daß Rechtsgeschäfte über das "Vermögen im ganzen" ¹⁰¹⁾ und über Haushaltsgegenstände an die Einwilligung des anderen Ehegatten gebunden sind.

Der Grund dieses Eingriffs in das Prinzip der Vermögensfreiheit liegt auf der Hand: bei beiden betroffenen Rechtsgütern handelt es sich um solche, die in besonderem Maße den Bestand und die Sicherheit der Familie gefährden können. Der Gesetzgeber hatte bei der Schaffung des gesetzlichen Güterstandes von der Durchschnittsehe auszugehen, die beide Ehegatten mit geringem oder sogar ohne Vermögen beginnen. Jeder Vermögenszuwachs

99) Vgl. Palandt-Lauterbach § 1365, Anm. 1; Boehmer-FamRZ 1959, Seite 1; Müller-Freienfels - JZ 57, 692 - spricht von Kompromißbestimmungen, die zwischen den widerstrebenden Prinzipien der Vermögensteilhabe und der Vermögenstrennung stehen. So auch Lorenz in JZ 59, 105. Nach dem Bericht des Rechtsausschusses (Seite 6) sollen die Verfügungsbeschränkungen den Charakter der Ehe als einer Gemeinschaft besonders betonen. Bärmann (AcP 157, 159) will das nur für Haushaltsgegenstände gelten lassen. Den Sinn der Verfügungsbeschränkung über das Vermögen als ganzes sieht er in der "alleräußersten Sicherung" des Ausgleichsanspruchs als Ausfluß des potentiellen Anwartschaftsrechts. Dem kann nicht gefolgt werden, denn die Gefahr für die wirtschaftliche Existenz der Familie ist bei § 1365 doch ungemein größer als bei § 1369, wo es sich um einzelne oder sogar nur einen einzelnen Gegenstand handeln muß. Das LG Braunschweig - FamRZ 59, 291 - hält für den Zweck des § 1365, zu verhindern, daß ein Ehegatte durch ein ohne Zustimmung des anderen Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft über sein Vermögen im ganzen die wirtschaftliche Grundlage der Familie erschüttern kann.

100) Vgl. Entwurf der Bundesregierung vom 29.1.54, Motive zu § 1372.

101) Vgl. OLG Hamm in FamRZ 1958, 181 und 259; OLG Düsseldorf in JMBL NRW 59, 53; ByObLG in FamRZ 60, 31.

wird für die Erfordernisse des täglichen Lebens benötigt, und es bietet sich kaum Gelegenheit, Rücklagen für Notfälle zu bilden. Wenn der Mann bei diesen Voraussetzungen eines der beiden Betten veräußert oder das Automobil, das sein ganzes Vermögen bildet, so soll dies nur mit Einwilligung der Ehefrau möglich sein, denn durch die Verfügung kann nicht nur er allein, sondern die ganze Familie betroffen werden.

Die Interessenlage und das Schutzbedürfnis ist ein ganz anderes, wenn die vorausgesetzte Ausgangsbasis eine andere ist; veräußert der Großindustrielle einen Haushaltsgegenstand, so unterliegt er in gleicher Weise der Bindung des § 1369 wie der Arbeiter, für dessen Familie das Bett, der Schrank einen besonderen Vermögenswert darstellte.

Die Notwendigkeit, hier vertraglich eine andere Lösung vereinbaren zu können, wird deshalb immer dann bestehen, wenn es sich nicht um den ehelichen "Regelfall" handelt, wenn andere Voraussetzungen andere Ergebnisse fordern. Wollen Mann und Frau den Bestand der Vermögen noch mehr festigen, so werden sie Verpflichtungen eingehen, die eine weitere Selbstbeschränkung der Verfügungsmacht zu erreichen suchen. Das wird wohl seltener der Fall sein. Eher werden sie bestrebt sein, die Fessel des § 1365 weitestmöglich zu lockern oder sie ganz zu lösen. Daran werden die Ehegatten ein Interesse haben, die Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinns vereinbaren wollen, wie auch der Mann, zu dessen geschäftlichem Wirkungsbereich das ständige Manipulieren mit wesentlichen Teilen seines Vermögens (Finanzierungen) gehört.

§ 1365 macht die Einwilligung des anderen Ehegatten erforderlich, wenn eine Verfügung das Vermögen im ganzen betreffen soll. Um die Vorschrift konkretisieren zu können, muß also zunächst einmal festgestellt werden, was unter "Verfügung" und was unter "Vermögen im ganzen" zu verstehen ist.

Zur Auslegung des § 1365 wird immer wieder § 419 BGB herangezogen, der bestimmt, daß derjenige, der durch Vertrag das "Vermögen" eines anderen übernimmt, auch für dessen zu dieser Zeit bestehende Schulden mithaftet. Hierzu haben sich im wesentlichen drei Theorien entwickelt, nach denen dann von einer Übernahme des ganzen Vermögens gesprochen werden kann, wenn sich die Vertragsteile bewußt sind, daß sich ihre Abreden tatsächlich auf das Vermögen in seiner "Gesamtheit beziehen" (subjektive

Theorie)¹⁰²⁾, wenn objektiv der Ausnahmetatbestand der Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliegt (objektive Theorie)¹⁰³⁾ bzw. wenn die Verfügung wirtschaftlich so gut wie das ganze Vermögen erfaßt (sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise¹⁰⁴⁾. Ob die zu § 419 ergangene Rechtsprechung, insbesondere auch die sich in letzter Zeit durchsetzende wirtschaftlich-objektive Theorie, auf § 1365 übertragen werden kann, erscheint fraglich, da beide Vorschriften nach Tatbestand und Rechtsfolge¹⁰⁵⁾ zu verschieden sind. Während § 1365 die Wirksamkeit der Willenserklärung eines Ehegatten und damit die Wirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts in Frage stellt, bezieht sich § 419 nur auf den - grundsätzlich - automatischen Eintritt der Folgen (Schuldmitübernahme).

Aber auch der Gesetzeszweck der Vorschriften ist zumindest nicht identisch¹⁰⁶⁾. Zwar handelt es sich in § 419 wie in § 1365 um Schutzbestimmungen, doch sind die Objekte verschieden: einmal der Gläubiger des Verfügenden, zum anderen die Partei des Veräußernden zumindest mittelbar selbst. Man könnte deshalb versucht sein, die Frage subjektive oder objektive Theorie zu einer Frage nach dem "Schutzwert" der Interessen werden zu lassen, wobei der Wortlaut des § 1365 zweifellos für die objektive Theorie sprechen würde. Eine Stellungnahme zu diesem Theorienstreit, die die ganze Bedeutung des § 1365 in Frage stellen kann, soll aber erst erfolgen, wenn der Begriff des "Vermögens im ganzen" bestimmt ist, d.h. in concreto, was einmal unter "Vermögen", zum anderen unter "Vermögen im ganzen" zu verstehen ist.

102) Vgl. dazu u. a. Boehmer in FamRZ 59, 4; Krüger-Breetzke-Nowack 1365 Anm. 1. Ausführlicher Verfassenachweis bei Haegele in "Der Deutsche Rechtspfleger" 1959, S. 243 Anm. 14 u. 16; OLG Hamm in FamRZ 60, 278; LG Bielefeld FamRZ 59, 245; OLG Frankfurt in FamRZ 60, 500.

103) So LG in FamRZ 59, 64; Schulz-Kersting JR 59, 84; Bosch FamRZ 57, 191, 195, Fußnoten 33, 65 a; Meyer-Stolte FamRZ 59, 229; Müller-Freienfels-JZ 57, 639 - will der Gefahr einer "richtungslosen" Kasuistik durch die Bildung beweglicher Gruppen, ähnlich wie bei den Mißbrauchstatbeständen begegnen, die unter Abwägung aller Umstände des Falles von Sinn und Zweck des einzelnen Geschäfts ausgehend entscheiden sollen.

104) Vgl. Rittner in FamRZ 61, 1 ff; OLG Hamm FamRZ 69, 166 und 118; LG Nürnberg FamRZ 59, 247; LG Oldenburg, LG Itzehoe FamRZ 59, 248.

105) DNZ 57, 454.

106) Rittner FamRZ 61, 3.

Das Schrifttum ¹⁰⁷⁾ stellt den Begriff der Vermögensrechte dem der Personenrechte gegenüber. "Vermögen" ist demnach ¹⁰⁸⁾ die Gesamtheit der Vermögensrechte, also die Gesamtheit aller wirtschaftlichen oder geldwerten Interessen ¹⁰⁹⁾. Im Privatrecht wird hierunter grundsätzlich nur das Aktivvermögen ¹¹⁰⁾ verstanden. "Die Verpflichtungen werden nicht als Teil des Vermögens angesehen, sondern das Vermögen ist mit ihnen belastet." Zum Aktivvermögen zählen insbesondere das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte, die Immaterialgüterrechte, die Forderungs- und Besitzrechte.

Diese "wirtschaftliche" Färbung des Vermögensbegriffes wird einhellig ¹¹¹⁾ anerkannt. Sie führt dazu, daß die Voraussetzungen von § 419 wie § 1365 schon dann erfüllt sind, daß also schon dann das "Vermögen" als Rechtsinbegriff Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist, wenn es sich um den wesentlichen Teil des Vermögens handelt ¹¹²⁾.

Haben wir den Vermögensbegriff als einen wirtschaftlichen Begriff festgestellt, so sind in der nächsten Stufe die sich hieraus ergebenden Erkenntnisse für die besondere Frage, was unter "Verfügung" im Sinne des § 1365 zu verstehen ist, zu verwerfen. Die herrschende Meinung ¹¹³⁾ - ausdrücklich oder stillschweigend - legt den allgemeinen Verfügungsbegriff zugrunde, also "jede Einwirkung, die mittelbar die Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung oder Aufhebung eines Rechts" zum Gegenstand hat.

¹⁰⁷⁾ Enneccerus-Nipperdey, § 7 a.

¹⁰⁸⁾ ebd., § 131, I.

¹⁰⁹⁾ OLG Karlsruhe, in FamRZ 61, 317; vgl. dazu auch die sehr ausführliche Abhandlung von Ritter, FamRZ 61, 6.

¹¹⁰⁾ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 131, II, 4: "Das bürgerl. Recht hat die Aktiva und die Passiva in so vielen Beziehungen verschieden behandelt, daß der Begriff einer die Aktiva und Passiva umfassenden Einheit kaum noch irgendwelche Bedeutung haben würde. Bsp.: Die Aktiva gehen auf den Erben über, für die Passiva haftet er bald beschränkt, bald unbeschränkt. Ein Vermögen kann unter Lebenden nicht als Ganzes übertragen werden, vielmehr bedarf es der Übertragung der einzelnen Rechte; die Haftung für die Schulden des Vermögens dagegen entsteht schon mit dem auf Übertragung des Vermögens gerichteten obligatorischen Vertrage".

¹¹¹⁾ Staudinger-Werner, § 419, I, 1; Soergel-Siebert, § 419, 1; Fischer, BGB-RGRK. § 419, Anm. 1; Palandt-Danckelmann, § 419, Anm. 1; Tiedau, MDR 1961,

¹¹²⁾ sinngemäß so: BGH in FamRZ 61, 302 und 363.

¹¹³⁾ Schippel, DNotZ 61, 25; Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK, § 1365, Anm. 23; ByOBLG, FamRZ 60, 31; LG Wuppertal, FamRZ 60, 500.

Diese Begriffsbestimmung wird dem Zweck des § 1365 nicht gerecht. Das zeigt sich schon am Beispiel der Eintragung eines geringwertigen Grundpfandrechts. Stellt ein großes Grundstück das "wesentliche" Vermögen dar und will der Eigentümer dieses Grundstück mit einer Hypothek belasten, die etwa dem zwanzigsten Teil des Grundstückswertes entspricht, so bedürfte er dazu in gleicher Weise der Zustimmung des anderen Ehegatten, wie wenn die Hypothek den Wert des Grundstücks ausschöpfte.

Der Gegensatz, der sich aus dem Spannungsverhältnis zwischen grundsätzlich freier Vermögensverwaltung (§ 1364) und Verfügungsbeschränkung im Sinne des Familienschutzes (§ 1365) ergibt, zeigt deutlich, daß in § 1365 ein "modifizierter" Verfügungsbegriff verlangt wird, der beiden Gedanken in gleicher Weise Rechnung trägt. Deshalb wird allgemein ¹¹⁴⁾ als zusätzliches Erfordernis zum herkömmlichen Verfügungsbegriff verlangt, daß der wirtschaftliche Wert des Gegenstandes durch die Verfügung ganz oder im wesentlichen erfaßt wird ¹¹⁵⁾. FISCHER, TIEDAU und EISELT ¹¹⁶⁾ erachten als erforderlich, daß der Gesamtwert des Vermögens zudem nachteilig berührt wird.

Dies scheint dem Sinn und Zweck von § 1365 am nächsten zu kommen. Denn es werden von den Verfügungen, die der Beschränkung unterliegen, alle diejenigen ausgenommen, die den Gesamtwert des Vermögens und damit den "Sicherungsfaktor" der materiellen Grundlage der Familie nicht wesentlich nachteilig berühren. So stellt die Eintragung einer Grundschuld eine Verfügung im Sinne des § 1365 dar ¹¹⁷⁾. Bei der Eigentümergrundschuld wurde das zuerst bejaht ¹¹⁸⁾, später aber einhellig abgelehnt ¹¹⁹⁾. OLG Hamm wie OLG Frankfurt/Main lehnen den Charakter der Bestellung einer Eigentümergrundschuld als Verfügung über das Grundstück im Sinne

114) Vgl. dazu ausführlich Rittner, FamRZ 61, 7.

115) so besonders die Praxis bei der Belastung von Grundstücken mit Grundpfandrechten, z.B. ByObLG FamRZ 1960, 33 = NJW 1960, 821 mit weiteren Nachweisen.

116) Tiedau, MDR 59, 254; Fischer, NJW 1960, 942; Eiselt, JZ 1960, 563.

117) LG Bielefeld, FamRZ 58, 376.

118) Amtsg. Bielefeld, FamRZ 60, 199.

119) OLG Hamm, in FamRZ 60, 276; vgl. hierzu Haegele, in Rpfl. 60, 227; OLG FfM in FamRZ 60, 500 = Rpfl. 60, 289 mit Anm., Haegele.

des § 1365 ab, da sie hierin noch keine Belastung sehen. Eine Belastung im Sinne der §§ 1365 ff. erfordere einen Dritten, zu dessen Gunsten die wirtschaftliche Grundlage der Familie angetastet werde ¹²⁰⁾, nicht bloß eine lediglich "rechtliche Umbenennung", bei der der Vermögensbestand in der Hand des Eigentümers unverändert fortbestehe. "Die bloße Möglichkeit der Gefährdung ¹²¹⁾ (in den Fällen der Briefgrundschuld, §§ 1192, 1154 I BGB) rechtfertige ... die Anwendung der §§ 1365 ff. BGB über den gesetzlichen Wortlaut hinaus" nicht.

Auch der Tausch zweier gleichwertiger Grundstücke ist keine Verfügung i. S. des § 1365 ¹²²⁾. Der Gesamtbestand des Vermögens wird dadurch ebensowenig angegriffen wie bei der Verwendung einer Sparkassenforderung zum Kauf eines Grundstücks ¹²³⁾.

Der "Tatbestand" des § 1365 verlangt die Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen. Hierbei ist allein maßgebend, daß die Parteien das Vermögen zum Geschäftsinhalt machen ¹²⁴⁾. Ein solches Geschäft kann auch vorliegen, ohne daß die Parteien das Wort "Vermögen" gebraucht haben, etwa beim - praktisch seltenen - Hofübergabevertrag. Das kann aber nicht entscheidend sein, denn § 1365 betrifft den Schutz der Familie, der bedeutungslos würde, wenn es nicht auf den objektiven Inhalt des Geschäfts ankäme.

Häufiger wird die Übertragung des "wesentlichen" Vermögens sein. Hier führt die subjektive Theorie zu untragbaren Ergebnissen, denn zumeist wird dem Dritten nicht bewußt sein, daß ein Rechtsgeschäft das "wesentliche Vermögen" der Ehegatten betreffen könnte ¹²⁵⁾.

120) OLG Frankfurt/Main, in FamRZ 60, 500.

121) OLG Celle - FamRZ 61, 30 - sieht schon in dem Antrag auf Teilungsversteigerung wegen der Gefahrlage eine verfügungsähnliche Handlung, die unter § 1365 zu rechnen sei.

122) Breetzke, NJW 60, 1460.

123) Breetzke, a. a. O.

124) Rittner, FamRZ 61, 7 ff.

125) Das OLG Frankfurt/Main (FamRZ 60, 500) führt aus, die Einschränkungen (des Familienschutzes) im Interesse der Rechtssicherheit seien schon deshalb geboten, weil in objektiver Hinsicht sehr oft Zweifel an den Voraussetzungen des § 1365 möglich seien. Das ist nicht verständlich. Das OLG Frankfurt/Main verkennt doch offenbar, daß der Gesetzgeber in § 1365 ausnahmslos das Schutzbedürfnis der Familie sichern will, was durch die subjektive Theorie vereitelt und zum entgegengesetzten Ergebnis führen würde.

Auch der - nur unter Umständen erforderliche - pflichtgemäße Hinweis des Notars oder Urkundsbeamten auf § 1365 (mit der eventuellen Folge des § 990 BGB bei grob-fahrlässigem Nichtwissen) kann nicht helfen, da der Notar zumeist nur bei Grundstücksgeschäften in Aktion tritt. Zum anderen ist dem Dritten ein Nichterkennen oder Verkennen der Verhältnisse nicht schädlich ¹²⁶⁾, aus denen sich ergibt oder ergeben kann, daß es sich um das ganze oder so gut wie das ganze Vermögen des veräußernden Ehegatten handelt. Das trifft in etwa das, was HAEGELE ¹²⁷⁾ unter der Täuschung durch das äußere soziale Bild versteht. Das bedeutet, daß nach der subjektiven Theorie wohl in allen Fällen die Verfügung des Ehegatten wirksam ist, denn in der Praxis wird der verfügende Ehegatte den Dritten kaum darauf aufmerksam machen, daß der Gegenstand, um den sich das Rechtsgeschäft dreht, z.B. das wesentliche Vermögen des Verfügenden darstellt. Das Ergebnis wird umso untragbarer, wenn man sich vor Augen hält, daß die herrschende Meinung § 1367, der die einseitigen Rechtsgeschäfte bespricht, nur für eine "Ausführungsvorschrift" für den Fall des § 1365 anspricht ¹²⁸⁾. Das öffnet der Schädigung der Familie Tür und Tor! § 1365 will aber gerade die Familie schützen. Er bedeutet gegenüber dem Regelfall des rechtsgeschäftlichen Lebens eine bewußte Erschwerung, zumal er ja eigene Gegenstände des "potentiellen" Veräußerers betrifft. Hier soll der gute Glaube an die Verfügungsmacht nicht den Schutz bekommen, wie ihn § 932 bei der Verfügung durch den nichtberechtigten Nicht-Eigentümer gewährt. In § 1365 handelt es sich nicht, wie FRANK ¹²⁹⁾ annimmt, um ein relatives, sondern um ein absolutes Veräußerungsverbot. Das beweist schon die Vorschrift des § 1368, die auch dem anderen Ehegatten die Möglichkeit gibt, die Rechte aus der Unwirksamkeit der Verfügung geltend zu machen. Die Annahme eines relativen Veräußerungsverbots wäre auch sinnlos, denn § 1365 verlangt schon für das Verpflichtungsgeschäft die Zustimmung des anderen Ehegatten und § 135 BGB betrifft nur das Verfügungsgeschäft. Wurde aber bereits verfügt, so kann der andere Ehegatte über § 1368 aus dem Grundsatz der ungerechtfertigten Bereicherung auch hier revozieren ¹³⁰⁾.

126) RGZ 160, 14.

127) RpfL. 60, 268.

128) Palandt-Lauterbach, 1367 Anm. 1; OLG Hamm, FamRZ 1960, 278.

129) NJW 59, 135.

130) Hartung, NJW 59, 1020.

Dem Sinn und Zweck des § 1365 kommt daher die modifizierte objektive (wirtschaftliche) Theorie am nächsten. Entscheidend ist demnach, ob das Rechtsgeschäft das ganze oder das hauptsächliche Vermögen betrifft oder betreffen soll und ob wirtschaftlich der Gesamtwert des Vermögens dadurch entscheidend nachteilig berührt wird.

Nachdem so der Rahmen des § 1365 feststeht, kann im folgenden untersucht werden, inwieweit die Ehegatten vertraglich von der Regelung des Normfalles abweichen können.

§ 11

Der Ausschluß des Einwilligungserfordernisses

Eine wirksame Garantie für die den Verfügungsbeschränkungen zugrunde liegenden Schutzgedanken konnte der Gesetzgeber nicht geben. Denn die Entscheidung eines Ehegatten kann nur dann von dem Vormundschaftsgericht überprüft werden, wenn sie die Zustimmung versagt. Sind die Eheleute sich aber einig, pro oder contra Familiengedanken zu entscheiden, so hat das Gericht keine Eingriffsmöglichkeit.

Der Entwurf der Bundesregierung vom 29.1.1954 wollte deshalb in § 1364 den Ehegatten das Recht geben, die Verfügungsbeschränkungen "auszuschließen oder einzuschränken". Diese Fassung wurde nicht in das Güterrecht in seiner heutigen Form übernommen, weil man die Formulierung des § 1408 für ausreichend erachtete. Deshalb wird auch heute allgemein ¹³¹⁾ die Möglichkeit bejaht, vertragliche Abreden über § 1365 oder § 1369 zu treffen. Zu erforschen ist also nur der Rahmen, in dem sich eine solche Modifikation bewegen kann.

Ein totaler Ausschluß des Einwilligungserfordernisses erscheint möglich. Die automatische Folge wäre, daß damit auch das Klagerecht des § 1368 entfällt, denn ist die Zustimmung nicht erforderlich, so ist der andere Ehepartner auch nicht klageberechtigt. Auch wenn der Ausschluß nur einseitig erfolgt, werden dagegen keine Einwände vorzubringen sein. Sitten-

131) herrschende Meinung; so Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK § 1365, Anm. 34; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1364, Anm. 3; Knur, DNotZ 57, 468; Palandt-Lauterbach, § 1408 Anm. 4; Beitzke, S. 62.

widrigkeit kann in dem einen oder anderen besonderen Fall vorliegen, wenn die Abrede unter Ausbeutung der Unerfahrenheit des anderen Ehegatten oder einer Notlage bewußt zu dessen oder der Kinder Schaden getroffen wurde, allgemein, wenn die Würdigung der Einzelumstände gegen das sittliche Bewußtsein verstößt ¹³²⁾. Die Tatsache, daß nur bei einem Ehegatten einseitig die Verfügungsbeschränkungen aufgehoben werden, führt aber noch nicht generell zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung, wie im Schrifttum unter Berufung auf § 1444 a.F. BGB ¹³³⁾ teilweise ¹³⁴⁾ ausgeführt wird. Ein Vergleich mit dieser Vorschrift bringt nicht das richtige Ergebnis für § 1365, denn sie geht von ganz anderen Grundlagen aus.

Bei der Gütergemeinschaft bezog sich § 1444 a.F. auf das Gesamtgut, auf die dingliche Gesamthandsgemeinschaft, die praktisch das gesamte gemeinsame Vermögen ausmachte ¹³⁵⁾. Hier konnte ein einseitiger Ausschluß der Verfügungsbeschränkungen generell sittenwidrig sein, weil er das Vermögen auch des Nicht-Verfügenden betraf und damit "die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit einer Person vernichtet oder so übermäßig beschränkt wurde, daß die eine Partei der Willkür der anderen ausgeliefert war" ¹³⁶⁾.

132) Vgl. Bärmanu, AcP 157, 203; Knur, DNotZ 57, 470. Hier wird das Problem berührt, inwieweit der Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG dem Gebiet der Vertragsfreiheit Grenzen setzt. Wie schon ausgeführt, verlangt der Gleichberechtigungsgrundsatz im Bereich des Privatrechts gleiche Ausgangspositionen mit gleichen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Liegt dies nicht vor, so ist der Ehevertrag als gegen die guten Sitten verstoßend und deshalb als nichtig anzusehen.

133) § 1444 a.F. BGB: "Der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zu einem Rechtsgeschäft, durch das er sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im ganzen verpflichtet, sowie zu einer Verfügung über Gesamtgut, durch die eine ohne Zustimmung der Frau eingegangene Verpflichtung dieser Art erfüllt werden soll."

134) Knur, DNotZ 57, 468; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1364 Anm.

135) Lorenz, JZ 59, 107.

136) Staudinger-Coing, § 138 Anm. 18 w; Enneccerus-Nipperdey, II. Band, § 191 III.

Bei § 1365 n.F. bezieht sich die Einwilligung aber nicht auf das Gesamtgut, sondern auf das Vermögen des anderen Ehegatten. Verfügt dieser darüber, so kann in diesem Rechtsgeschäft ein Fall des § 138 BGB in der oben zitierten Weise nicht vorliegen. So geht ein Vergleich mit § 1444 a.F. BGB fehl, denn der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft geht von getrennten Vermögensmassen und demzufolge vom Prinzip der grundsätzlich freien Verwaltung aus.

§ 12

Die generelle Einwilligung in alle zustimmungsbedürftigen Geschäfte

Dem Ausschluß des Zustimmungsbedürfnisses gleichzubehandeln ¹³⁷⁾ ist die generelle Einwilligung in alle das Vermögen als ganzes betreffenden Verfügungen ¹³⁸⁾. Sie wird auch unter Verzicht auf das Widerrufsrecht erteilt werden können, denn ein objektives Schutzinteresse liegt nicht vor. Die Bejahung des Interesses der Familiengemeinschaft oder einer potentiellen Gefahrlage ist nur vom Willen der Ehegatten abhängig. Sind diese sich einig, ist keine weitere Überprüfungsmöglichkeit gegeben. Zwar mag durch eine generelle Einwilligung oder ihren Ausschluß ohne Widerrufsmöglichkeit die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Ehegatten gehemmt sein, aber eine solche Beengung ist nicht so groß, als daß man sie im Rahmen der allgemeinen Willens- und Vertragsfreiheit und der Notwendigkeit der Erleichterung des Rechtsverkehrs - besonders bei geschäftlichen Transaktionen - nicht für zulässig erachten könnte.

137) a.A. Krüger-Breetzke-Nowack § 1365, Anm. 3.

138) Der Ausschluß der Verfügungsbeschränkungen kann sämtliche zustimmungsbedürftigen Geschäfte umfassen. Dann ist für seine Wirksamkeit die Form des Ehevertrages notwendig. Die Erteilung einer Vollmacht für ein einzelnes zustimmungsbedürftiges Geschäft bedarf nicht der Form des § 1410 (vgl. Haegele in RPfl 59, 9). Eine formlos erteilte Generalvollmacht ersetzt die Einwilligung nicht. Sie bezweckt die Abänderung des Güterstandes und bedarf daher der Form des § 1410 BGB.

§ 13

Gegenständliche oder wertbegrenzte Erweiterungen
und Einschränkungen im Rahmen des § 1365

Da die Ehegatten die Verfügungsbeschränkung des § 1365 völlig ausschließen können, stellt sich die Frage, ob auch der Rahmen, den die Auslegung des § 1365 ergeben hat ¹³⁹⁾, gegenständliche Einschränkungen oder Erweiterungen zuläßt. Dabei ist vor allem daran zu denken, daß Mann und Frau § 1365 erweitert sehen wollen auf bestimmte Gegenstände oder eine Wertgrenze, die für sich allein noch nicht das "Vermögen im ganzen" ausmacht.

Eine solche Vereinbarung, die die Gleichberechtigung der Eheleute mit einer Gleichverantwortung verbindet, kann zu einer Stärkung der Vermögen führen und unter dem Gedanken des Familienschutzes besonders nützlich sein ¹⁴⁰⁾.

Der Gesetzgeber selbst hatte im Sinne der Tendenz des Güterstandes, während der Ehe die Vermögen der Ehepartner der Substanz und Verwaltung nach getrennt zu halten, eine Reihe von Vorschlägen ¹⁴¹⁾ abgelehnt (§ 1364), die die Verbundenheit der Ehegatten durch ein erweitertes gegenseitiges Zustimmungserfordernis manifestieren sollten. Das präjudiziert aber in keiner Weise die Zulässigkeit, solche Vereinbarungen vertraglich zu treffen, nur ist zu prüfen, auf welchem Wege dies möglich ist und inwieweit Dritte hierdurch betroffen werden können.

Wollen die Ehegatten beispielsweise erreichen, daß der Mann, der mehrere Grundstücke besitzt, keinen Grundbesitz ohne Zustimmung der Frau veräußert, so ist zunächst zu untersuchen, ob diese Vereinbarung ehevertraglich getroffen werden muß.

¹³⁹⁾ vgl. hier § 10.

¹⁴⁰⁾ Müller-Freienfels, JZ 57, 692; gegen Beitzke, FamRZ 54, 156.

¹⁴¹⁾ Müller-Freienfels, JZ 57, 692. So bei der Verfügung über Grundbesitz, über bestimmte Sparkassenforderungen oder über Rechte aus Lebensversicherungen, bei Bürgschaften durch die Schaffung eines "modernisierten Interzessionsverbots, bei Abzahlungsgeschäften etc.

Das hängt grundsätzlich davon ab, ob eine spezifisch güterrechtliche oder eine allgemeine bürgerlich-rechtliche Beziehung Gegenstand der Regelung sein soll ¹⁴²⁾. Eine güterrechtliche Regelung liegt immer dann vor, wenn gesetzliche Normen abgeändert werden, die die besonderen vermögensrechtlichen Verhältnisse der Eheleute ordnen ¹⁴³⁾, wenn spezifische Grundsätze des in der Ehe bestehenden Güterrechts abgeändert werden, die im allgemeinen Schuldrecht keine Grundlage finden.

Das ist in unserem Fall nicht gegeben. Die Vereinbarung berührt nicht § 1365, denn eine Verfügung über das Vermögen im ganzen soll weiterhin zustimmungsbedürftig sein. Sie betrifft nur den Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung. Dieser ist aber kein spezifisch-güterrechtlicher Grundsatz, sondern er gilt durch Art. 2, I GG und § 305 BGB im gesamten Zivilrecht. Nur seine Einschränkungen (§§ 1365, 1369) sind besondere güterrechtliche Normen. Nur insoweit diese durch eine Regelung betroffen werden, ist die Form des Ehevertrages möglich und notwendig. Will einer der Ehegatten die Verpflichtung auf sich nehmen, generell über Grundbesitz nicht mehr ohne Zustimmung zu verfügen, so ist dies die Begründung eines rein schuldrechtlichen Verhältnisses, das auch vermögensrechtliche Beziehungen von Mann und Frau zum Gegenstand haben kann, das aber keine Grundsätze des Güterrechts ändert. Die Form des § 1408 ist also nicht erforderlich.

Als nächstes ist dieses Rechtsverhältnis auf seine Vereinbarkeit mit den allgemeinen Vertragsgrundsätzen, insbesondere mit § 137 BGB zu überprüfen. Nach dieser Vorschrift kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft beschränkt werden. Da ein solches rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot hier vorliegt - der Mann soll nur noch wirksam über ein Grundstück verfügen können, wenn die Frau zustimmt - ist zu fragen, ob § 137 die Unzulässigkeit der vertraglichen Bestimmung schlechthin bedeuten will, oder ob hierdurch nur Dritte geschützt werden sollen. Die Antwort gibt § 137, Abs. II: das Verbot bezweckt nur den Schutz des Rechtsverkehrs, denn die Wirksamkeit der Ver-

142) Vgl. auch § 9, Seite

143) RG Gruchot 63, 616; RG 87, 60; RG JW 1911, 154; Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK § 1408 Anm. 36; Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG § 1408, Ziff. 2.

pflichtung bleibt unberührt 144). Eine vertragliche Vereinbarung, die ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot enthält, ist deshalb schon zulässig und - im Innenverhältnis - auch wirksam. Sie verpflichtet die Eheleute, kann aber einen rechtswirksamen Erwerb durch Dritte nicht hindern.

Daneben ist es denkbar, daß die Ehegatten das Prinzip des § 1365 beibehalten und nur den strengen Rahmen der Vorschrift lockern wollen. So können sie vereinbaren, daß der gewerbliche Betrieb des Mannes, der dessen wesentliches Vermögen darstellt, nicht unter die Beschränkung des § 1365 fallen soll.

Dagegen ist nichts einzuwenden. Denn wenn die Ehepartner die Verfügungsbeschränkungen in ihrer Gesamtheit beseitigen können, so muß ihnen erst recht auch deren Einschränkung 145) gestattet sein 146).

Wie zu zeigen war, können die Eheleute in mannigfacher Weise daran interessiert sein, vom Prinzip der Verfügungsbeschränkung über das Vermögen im ganzen abzuweichen. Sie können die Beschränkung völlig ausschließen, was einseitig wie beiderseitig möglich ist. Sie können sie aber auch mildern, indem sie gewisse Gegenstände oder eine Wertgrenze, die nach der Interpretation des § 1365 schon dessen Folgen auslösen würde, von dem Verfügungsverbot freistellen. In allen Fällen ist die Form des Ehevertrages notwendig. Er ist zweckmäßigerweise in das Güterrechtsregister einzutragen, denn dadurch entledigt sich der Ehegatte der Notwendigkeit, in jedem Einzelfall den Nachweis der Änderung erbringen zu müssen.

144) Nichterfüllung der Verpflichtung führt zu Schadensersatzpflicht; vgl. Lehmann, AT, § 29, 3, 5, c; Soergel-Siebert, § 137, 8; RGZ 63, 399.

145) So entwarf der Bundesregierung vom 29.1.1954; a. A. Körner, § 86, S. 248, der hierin einen Verstoß gegen das Verbot rechtsgeschäftlicher Veräußerungsverbote (§ 137) sieht. Das ist aber nicht zutreffend, denn durch die Vereinbarung werden nicht Sachen dem Rechtsverkehr entzogen, sondern solche, die dem Rechtsverkehr entzogen waren, diesem wieder zugänglich gemacht.

146) § 137 steht dem nicht entgegen, zumal das Gegenteil von dem erreicht wird, was die Vorschrift verhindern will: es wird für gewisse Gegenstände der Rechtsverkehr geöffnet, die bisher durch die Schranke des § 1365 dem Rechtsverkehr mit Außenwirkung entzogen waren.

§ 14

Der Schutz der Haushaltsgegenstände

Die zweite, für die Allgemeinheit besonders wichtige Beschränkung der Eheleute in der selbständigen Verwaltung ihrer Vermögen bringt § 1369: jeder Ehegatte kann nur mit Einwilligung des anderen über ihm gehörende Gegenstände ¹⁴⁷⁾ des ehelichen Haushalts verfügen oder sich zu einer solchen Verfügung verpflichten.

Diese Bestimmung kann nur dann einen annähernd vertretbaren Zweck erfüllen, wenn die Ehegatten kein oder so gut wie kein Vermögen haben und einer von ihnen durch die Verfügung über einen Haushaltsgegenstand, der ihm gehört, den er aber nicht ersetzen kann, eine Gefahr für die Familie heraufbeschwört. In den Regelfällen des gesetzlichen Güterstandes wird § 1369 sich nur als Hemmschuh erweisen. Denn jedesmal, wenn die Frau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt einen Haushaltsgegenstand durch einen neuen ersetzen will, wenn sie ihn tauschen oder verkaufen will, weil er keine Funktion mehr erfüllt, so ist dies nicht möglich, ohne daß der Mann nicht vorher eingewilligt hat. Ob die Frau im Rahmen der Schlüsselgewalt die Genehmigung des Mannes selbst erteilen kann, erscheint zweifelhaft. § 1357 a.F. BGB, der der Frau noch ausdrücklich das Recht einräumte, den Mann zu vertreten, wurde insofern abgeändert, als die Frau nur noch berechtigt ist, Geschäfte für den Mann zu "besorgen". Aus diesem Grunde wird zwar allgemein ¹⁴⁸⁾ anerkannt, daß das Handeln im Rahmen der Schlüsselgewalt keine gesetzliche Stellvertretung mehr darstellt, die Frau wird aber wie der gesetzliche Vertreter behandelt ¹⁴⁹⁾.

147) Hierunter werden nur Gebrauchsgegenstände und nicht auch Rechte zu verstehen sein. Denn Zweck des § 1369 ist, die dem Haushalt dienenden Sachen der Haushaltsführung zu erhalten, auf Dauer in den Haushalt einzuordnen. Diese Funktion können obligatorische Rechte, selbst Dauerschuldverhältnisse, nicht erfüllen. Sie sind "viel vergänglicher, deshalb als Grundlage der Haushaltsführung weit weniger gedacht und geeignet" (vgl. Rittner, FamRZ 61, 187; Lorenz, JZ 59, 107).

148) Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK, § 1357 Anm. 8.

149) Scheffler-Koeniger, a. a. O.; Soergel-Siebert, a. a. O.

Daraus wird gefolgert, daß sie sämtliche im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises vorkommenden Geschäfte für den Mann tätigen könne, wozu dann auch die Erteilung der Genehmigung zählen würde. Das scheint mir zu weitgehend zu sein. Durch die bewußte Änderung des gesetzlichen Wortlauts des § 1357 n.F. in Verbindung mit dem Verfügungsverbot des § 1369 ergibt sich zwingend, daß der Gesetzgeber Verfügungen über Haushaltsgegenstände von der Zustimmung beider Ehepartner abhängig machen wollte. Denn er ging davon aus, daß bei Verfügungen über Haushalts-sachen eine besondere Gefahr für die Sicherheit der Familie entstehen könnte. Mag diese Vorstellung i. d. R. auch unzutreffend sein, so geht es doch nicht an, den eindeutigen gesetzgeberischen Willen auf dem Wege der Ausdehnung der Schlüsselgewalt wieder zunichte zu machen. Dies kann nur durch ehevertraglichen Ausschluß des § 1369 erreicht werden. Hiergegen bestehen auch keine Bedenken ¹⁵⁰⁾, zumal die Möglichkeit schon vom Gesetzgeber erwogen worden war (Entwurf vom 29.1.54).

Theoretisch denkbar sind daneben gegenständliche Einschränkungen oder Erweiterungen über den Rahmen des § 1369 hinaus.

Eine Konkretisierung des allgemeinen Begriffs der Haushaltssachen kann der Sicherheit des Rechtsverkehrs nur dienen, da der genaue Umfang des § 1369 erst durch die Rechtsprechung geklärt werden muß ¹⁵¹⁾. Einschränkungen ¹⁵²⁾ sind deshalb vorbehaltlos möglich, ebenso die Konkretisierung im Rahmen eines Verzeichnisses, die aber nur dann in einem Ehevertrag erfolgen kann, wenn sie gleichzeitig ein Abweichen vom güterrechtlichen Verfügungsverbot des § 1369 zum Inhalt hat.

Wollen Mann und Frau das Verfügungsverbot auch auf solche Gegenstände ausgedehnt wissen, die herkömmlicherweise nicht zum Kreise des Haushalts zählen, so kann es sich nicht um eine Modifikation des güterrecht-

150) So Knur, DNZ 57, 470 f.; Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK 1369, Anm. 31; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1408, Ziff. 3; Bärmann, AcP 157, 203; Palandt-Lauterbach, § 1408 Ziff. 4; Körner, § 86, S. 248.

151) Die Begriffe "Hausrat" und "Wohnungseinrichtung" aus der Hausratsverordnung bieten, wie Knur-DNZ 57, 470 - richtig betont, nur unzureichende Anhaltspunkte.

152) Beispiel: Die Verfügungsfreiheit über Gegenstände des ehelichen Haushalts soll nur insoweit beschränkt sein, als es sich um die Möbel der ehelichen Wohnung handelt.

lichen Verbots des § 1369 handeln, denn der Vereinbarung bleibt wegen § 137, I BGB die Außenwirkung versagt. Da ihre Wirkung sich auf das Innenverhältnis der Ehegatten beschränkt, ist die Form des Ehevertrages nicht erforderlich.

Nach den bisher aufgezeigten Modifikationsmöglichkeiten ist abschließend zu prüfen, ob der Schutz des § 1369 vertraglich auch auf die Gegenstände erstreckt werden kann, die dem anderen Ehegatten gehören. Diese Variante ist in § 1369 nicht mitgeregelt ¹⁵³). Sie kann weder durch das argumentum e maiore ad minus noch durch Analogie von § 1369 erfaßt werden. Eine Notwendigkeit dazu besteht auch nicht. § 1369 will die Gegenstände des Eigentümer-Ehegatten wegen ihrer Notwendigkeit zur Haushaltsführung und Gestaltung der Familie erhalten. Handelt es sich aber um Haushaltsgegenstände, die dem anderen Ehegatten gehören oder an denen Mitbesitz besteht, so ist diese Notwendigkeit nicht gegeben, denn der Schutz des § 935, I BGB umfaßt den fremden unmittelbaren Alleinbesitz ebenso wie den Mitbesitz ¹⁵⁴). Mitbesitz hat ein Ehegatte, wenn Miteigentum vorliegt (ein Wohnzimmer wird gemeinsam angeschafft) oder wenn er zwar alleiniger Eigentümer ist, er die Sache aber doch dem anderen zur Benutzung überläßt ¹⁵⁵) (so die Frau an dem Pkw des Mannes, der zu Einkaufsfahrten benutzt wird). An der Küchenmaschine, die dem Mann gehört, hat die Frau Alleingewahrsam, da sie "nach der äußeren Gestaltung der Dinge" allein auf diese einwirken kann ¹⁵⁶).

In allen Fällen, in denen der Mitbesitz des anderen Ehegatten durch die Verfügung des Nicht-Eigentümers oder nicht alleinigen Eigentümers gebrochen wird, ist die Sache abhandengekommen ¹⁵⁷) und es ergibt sich das Recht auf Herausgabe schon aus § 985 BGB, eine Subsumption unter § 1369 BGB ist also nicht notwendig.

153) Rittner, FamRZ 61, 191 ff.

154) Staudinger-Berg, § 935, Anm. 9 a.

155) BGH FamRZ 1954, 198.

156) Staudinger-Berg, a. a. O.

157) Theoretisch denkbar ist - insbesondere im Fall der Hausratsverteilung bei Getrenntleben (§ 1361 a BGB) -, daß der Eigentümer-Ehegatte dem anderen den Alleinbesitz überträgt, ein Dritter von diesem also gutgläubig Eigentum erwerben könnte. (Wie Rittner - FamRZ 61, 192 - ausführt, ergibt sich schon hieraus, daß der Gegenstand mehr dem einen Ehegatten zum persönlichen Bedarf als dem Haushalt der gesamten Familie dient, womit auch ein besonderes Sicherheitsbedürfnis fraglich wird)

§ 15

Die Rechtsfolgen bei einer Verfügung
ohne die erforderliche Einwilligung

Nachdem nun der Rahmen einer Modifikation der Verfügungsbeschränkungen feststeht, ist zu prüfen, welchen Einfluß die Abänderung auf die vom Gesetzgeber in den §§ 1366 - 1368 vorgezeichneten Folgebestimmungen hat, dann aber auch, inwieweit diese ohne eine Abänderung der Grundbestimmungen anders vereinbart werden können.

Die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, das ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen wurde, sind unterschiedlich danach, ob es einseitig oder mehrseitig ist. Während Verträge auch noch nachträglich durch Genehmigung voll wirksam werden können (§ 1366), besteht diese Möglichkeit bei einseitigen Rechtsgeschäften nicht: sie sind gemäß § 1367 unwirksam.

Bei Haushaltssachen wird ein einseitiges Rechtsgeschäft praktisch kaum vorkommen. SCHEFFLER-KOENIGER¹⁵⁸⁾ nennen als theoretisch denkbare Beispiel die Aufgabe des Besitzes an einem Möbelstück in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten (§ 959 BGB). Eine einseitige Verfügung über das Gesamtvermögen könnte ferner vorliegen,

Fortsetzung der Fußnote

157) Selbst hier besteht aber keine Notwendigkeit, eine Regelung zu treffen, die die schon nach den Vorschriften des BGB nicht bestehende Verfügungsmacht des Ehegatten über diesen Gegenstand auch noch einmal vertraglich ausschließen wollte. Ein gutgläubiger Erwerb könnte auch auf diesem Weg nicht gehindert werden, denn einmal ist die Voraussetzung der §§ 932 ff., daß die Verfügung eines Nichtberechtigten vorliegt, zum anderen stehen die Regeln des Gutgläubensrechts als "ius cogens" (vgl. Enneccerus-Nipperdey § 49, IV, 3) außerhalb jeder Parteiautonomie. Eine andere Lösung als die gesetzliche kann also nicht erreicht werden. Zudem wäre der Vertrag auch für das Innenverhältnis der Ehegatten ohne Bedeutung, denn ein Schadensersatzanspruch begründet sich in den meisten Fällen auch ohne besondere Vereinbarung aus §§ 687 II, 678 BGB (Geschäftsführung wider Willen des Geschäftsherrn).

158) Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1367 Anm. 3

- wenn "der am Vertrag beteiligte Ehegatte darin und als Bestandteil des Vertrages, also im Rahmen der Verfügung über sein ganzes Vermögen, die Verpflichtung übernimmt, Forderungen zu kündigen ¹⁵⁹⁾;
- wenn der Ehegatte einen Vertrag genehmigt, den ein Dritter als Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen ¹⁶⁰⁾ hat;
- wenn er sein ganzes Vermögen stiftet (§ 80 ff. BGB) ¹⁶¹⁾
oder
- wenn er einem Dritten Vollmacht zur Übertragung des ganzen Vermögens erteilt.

Ist der Anwendungsbereich des § 1367 schon sehr begrenzt ¹⁶²⁾, so wird auch eine Modifikation der Vorschrift mehr von theoretischem Interesse sein:

159) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK a. a. O.

160) Achilles-Greif § 1367, 1; Palandt-Lauterbach § 1367, 1;
Erman-Finke a. a. O.

161) Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG, § 1367, Ziff. 2;

162) Nimmt der Ehegatte das Angebot eines Dritten an, diesem sein ganzes Vermögen zu übertragen, so bedarf er hierzu ebenso der Genehmigung (§ 1366) wie bei der Stundung einer Forderung, die das gesamte Vermögen ausmacht. Erman-Finke (§ 1367, Ziff. 1) sehen in der Annahme des Vertragsangebots ein einseitiges Rechtsgeschäft. Das scheint nicht zutreffend zu sein, denn Annahme wie Offerte sind keine den Vertrag vorbereitenden Handlungen, sondern schon die Vertragserklärungen selbst (Enneccerus-Nipperdey § 161, I). Die Annahme bezieht sich auf den Vertragsantrag, sie akzeptiert ihn (Enneccerus-Nipperdey § 161 vor I, § 162), durch sie kommt der Vertrag zustande, weshalb es nicht erklärlich ist, wie eine Subsumption unter § 1367 möglich sein soll. In gleicher Weise verhält es sich mit der Stundung. Sie ist Vertrag i. S. von § 305 BGB (so Esser § 78, 6: "pactum de non petendo"; Heck § 58, 5: "Gefälligkeitsvertrag"), denn sie bewilligt eine Leistungsfrist. Selbst wenn es sich um das "Hinausschieben der Fälligkeit einer schon bestehenden Leistungspflicht" handelt (Palandt-Danckelmann § 271, 2, g), ist die Stundung kein einseitiges Rechtsgeschäft, denn dieses Hinausschieben wird in der Regel nicht auf der einseitigen Aktivität des Gläubigers, sondern auf der Offerte des Schuldners beruhen, womit der Vertragscharakter begründet ist.

- a) Werden die Verfügungsbeschränkungen (§§ 1365, 1369 BGB) ausgeschlossen, so entfällt auch das Einwilligungserfordernis bei einseitigen Rechtsgeschäften, denn der Ehegatte ist in der Verwaltung seines Vermögens nicht mehr beschränkt.
- b) Werden die Verfügungsbeschränkungen nur eingeschränkt, so sind auch einseitige Rechtsgeschäfte nur noch insoweit einwilligungspflichtig, als sie noch von dem "eingeschränkten" Verfügungsverbot erfaßt sind.
- c) Abmachungen, die nur die Unwirksamkeitsfolge bei einseitigen von den Verfügungsverboten erfaßten Rechtsgeschäften beseitigen wollen, sind nicht möglich. Der Gesetzgeber hat die Unwirksamkeit eines ohne Einwilligung des anderen Ehegatten vorgenommenen Rechtsgeschäfts angeordnet, weil eine Schwebezustand mit den Interessen des Dritten unvereinbar ist ¹⁶³). Der Dritte soll wissen, daß bei den einseitigen Rechtsgeschäften des § 1367 eine Heilungsmöglichkeit nicht gegeben ist. Insofern handelt es sich um eine Gläubigerschutzbestimmung ¹⁶⁴), über die die Eheleute nicht - etwa durch die Subsumierung der einseitigen Verfügungsgeschäfte unter § 1366 - disponieren können.
- d) Sollen einseitige Rechtsgeschäfte von der Verfügungsbeschränkung ausgenommen werden, so kann das nicht durch einen Ausschluß des § 1367 erreicht werden. § 1367 setzt nicht die Beschränkung (Einwilligungserfordernis), sondern bestimmt die Folge eines - einseitigen - Geschäfts, das entgegen der Beschränkung erfolgte. Sein Ausschluß kann deshalb auch den Grund, auf dem die Vorschrift beruht - das Einwilligungserfordernis bei den § 1365 oder § 1369 betreffenden einseitigen Rechtsgeschäften - nicht beseitigen. Wird dies bezweckt, so müssen die §§ 1365 und 1369 derart modifiziert werden, daß einseitige Rechtsgeschäfte nicht einwilligungsbedürftig sind, womit zugleich auch - wie aus dem unter b) Gesagten zu ersehen war - § 1367 entfällt.
- e) Wie es nicht möglich war, Erweiterungen der Verfügungsbeschränkungen mit Außenwirkung festzulegen, so kann auch § 1367 nicht auf diese im Innenverhältnis bindenden (§ 137, 2 BGB) Vereinbarungen erstreckt werden: die Voraussetzung des § 1367 ist ein Verfügungsverbot, die Wirkung der Erweiterung aber wegen § 137 BGB nur die

163) Erman-Finke, GIBG, § 1367 Ziff.1; Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1367 Anm. 1.

164) Bartholomeyczik-Erman, § 1408, 4, a; Palandt-Lauterbach, § 1408, 4 a: "...nichtig ist die Abänderung der zum Schutze Dritter getroffenen Vorschriften."

einer für die Rechtsbeziehung zu Dritten bedeutungslosen Nicht-Verfügungs-Verpflichtung.

Als Ergebnis dieses Abschnitts war zu erkennen, daß die Folgebestimmung des § 1367 außerhalb der Vertragsfreiheit der Eheleute steht. Das gleiche gilt auch für die Regel, daß Verträge, die ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen werden, schwebend unwirksam sind (§ 1366). Denn in beiden Vorschriften handelt es sich um solche, die die Rechtssphäre Dritter berühren und deshalb außerhalb jeder privaten Manipulation stehen.

Anders ist es bei § 1368. Um dem übergangenen Ehegatten eine Durchsetzung seines Interesses zu sichern, hat der Gesetzgeber auch ihm gegen den Dritten ein Klagerecht zugebilligt, das sonst grundsätzlich nur dem Eigentümer einer Sache zusteht. Die Vorschrift berührt also nicht den Schutz Dritter, sondern den der Ehegatten, und es ist zu bedenken, ob dieser abdingbar ist.

KRÜGER-BREETZKE-NOWACK¹⁶⁵⁾ lehnen dies mit einem Hinweis auf die Rechtsprechung¹⁶⁶⁾ zu § 1449 a.F. BGB ab. Ein allgemeiner Ausschluß des Retraktionsrechts würde, so führen sie aus, eine wesentliche Schutzvorschrift außer Kraft setzen und deshalb sittenwidrig sein. Ein Vergleich mit § 1449 a.F. BGB ist aber nicht möglich, denn diese Vorschrift geht von ganz anderen Voraussetzungen aus: dort war die Frau Eigentümer und Inhaber und § 1449 a.F. gab ihr die Befugnis, ein eigenes Recht geltend zu machen, über das der Mann im Rahmen des damaligen gesetzlichen Güterstandes mit Zustimmung der Frau verfügen konnte. Im Gegensatz dazu ist hier der Verfügende Eigentümer und es handelt sich um Vermögensteile, die grundsätzlich der freien Verwaltung (§ 1364 BGB) unterliegen. Wenn jetzt die Ehepartner auf ihr wechselseitiges Klagerecht verzichten, kann darin trotz der Schutzfunktionen von § 1365 und § 1369 keine Sittenwidrigkeit gesehen werden, insbesondere wo ein totaler Ausschluß der Verfügungsbeschränkungen mit ihren Folgen möglich ist¹⁶⁷⁾.

165) Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG § 1368, Anm. 5; so im Ergebnis auch Körner, § 86, S. 251.

166) Die zu § 1449 a.F. entwickelte Lehre erachtete einen Verzicht auf das Retraktionsrecht nur dann als zulässig, wenn das Rechtsgeschäft in seinem Inhalt und nach Art, Gelegenheit und Vertragspartner überschaubar sei. Vgl. dazu die Kommentierung zu § 1449 a.F., insbesondere Staudinger, Anm. 8; Erman-Gerstberger und Palandt-Lauterbach, Anm. 1

167) So auch Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1368, Anm. 17.

Der einseitige Ausschluß des § 1368 kann sittenwidrig sein. Das ist aber nicht zwingend und kann ebensowenig generelle Bedeutung haben, wie es unmöglich ist, von einem feststehenden Tatbestand ausgehend ein Rechtsgeschäft auf seine Übereinstimmung mit den "guten Sitten" zu überprüfen. Es können hier nur noch einmal die Grundsätze aufgezeigt werden, die der Beurteilung des Einzelfalls zu Grunde zu legen sind: das Rechtsgeschäft ist in seiner Gesamtheit zu würdigen, alle Umstände sind zu berücksichtigen, die zu seinem Abschluß geführt haben, die Absichten und Beweggründe, die die Parteien verfolgt haben, die objektiven Verhältnisse, unter denen der Vertrag geschlossen wurde ¹⁶⁸⁾, wobei ein Durchschnittsmaß von Redlichkeit und Anstand zu Grunde zu legen ist ¹⁶⁹⁾.

So wird der Ausschluß des Retraktionsrechts der Frau zulässig sein, wenn nur der Mann vermögend ist, nur er Haushaltssachen eingebracht hat und damit zu rechnen ist, daß auch nur er solche anschaffen wird. Hier käme der generelle Ausschluß der Verfügungsbeschränkungen praktisch einer einseitigen Modifikation gleich ¹⁷⁰⁾, weshalb nicht ersichtlich ist, warum diese nicht direkt zulässig sein sollte. Ist dies aber der Fall, so müssen die Ehegatten demgegenüber auch ein Minus durch den einseitigen Ausschluß lediglich des Rechtes aus § 1368 vereinbaren können. Haben dagegen beide Ehegatten Vermögen, ersetzen oder schaffen sie in gleicher Weise Haushaltssachen an, so ist die Vereinbarung, die nur dem Mann ein Klagerecht bei zustimmungslosen Verfügungen der Frau gibt, mit dem Prinzip des § 138 BGB nicht mehr vereinbar ¹⁷¹⁾. Hier führt die Modifikation zu der einseitigen Bevorzugung eines Ehegatten ¹⁷²⁾, die dem Gebote der sittlichen Lebensgemeinschaft in der Regel nicht mehr entsprechend

168) Vgl. Denecke BGB-RGRK 138, Anm. 2; BGH NJW 1955, 1272.

169) RG 48, 124; 55, 372; 58, 216; 67, 102; BGH 10, 228; 18, 325; Denecke BGB-RGRK § 138, Anm. 2.

170) Besitzt die Frau weder Vermögen noch Haushaltsgegenstände, so kann sie auch nicht den Verfügungsbeschränkungen zuwiderhandeln.

171) Zu beachten ist, daß ein allgemeines bloßes Billigkeitsgefühl nicht Kriterium des Sittegemäßen sein kann. Vgl. RG JW 1914, 83; Denecke, BGB-RGRK § 138, Anm. 2.

172) Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK, § 1368, Anm. 17.

ist. Auch dies kann aber nicht generell gesagt werden, denn die Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts kann im Einzelfall ein solch unterschiedliches Bild zeigen, daß eine konträre Beurteilung erforderlich wird.

§ 16

Die Eigentumslage an Ersatzstücken gemäß § 1370

Im Zusammenhang mit den Verfügungsbeschränkungen ist als letzte Vorschrift dieses Komplexes § 1370 zu prüfen, der die Eigentumslage an Ersatzstücken festlegt, die während der Ehe angeschafft werden. Treten sie an die Stelle von nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Haushaltsgegenständen, so werden sie Eigentum des Ehegatten, dem die früheren Gegenstände gehört haben, unabhängig davon, aus welchen Mitteln die Neuanschaffung erfolgte.

Die Begründung von Sinn und Zweck dieser nicht recht glücklichen Vorschrift ist unterschiedlich; während SCHEFFLER-KOENIGER ¹⁷³⁾ meinten, "die Frau müsse darauf rechnen können, ihre Haushaltsgegenstände in ordentlichem Zustande zurückzuerhalten; das werde auch der Wille des gewissenhaften Mannes sein", geht der Entwurf ¹⁷⁴⁾ davon aus, daß die Gegenstände von beiden Eheleuten benutzt würden, es deshalb auch ihrem Willen entspreche, wenn Ersatzgegenstände in das Eigentum des "alten" Eigentümers fielen.

Beide Deduktionen vom "Willen" der Ehegatten erscheinen recht problematisch, vor allem ist es aber unmöglich, den Sinn und Zweck des § 1370 ohne Verbindung zu der allgemeinen Unterhaltungspflicht (§ 1360 BGB) verstehen zu wollen. Diese bringt mit der Berücksichtigung des Gleichberechtigungsgrundsatzes ein entscheidendes Novum: Mann und Frau sind in derselben Weise verpflichtet, durch ihre Arbeit und ihr Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten, wozu auch die Ersetzung wertlos gewordener oder nicht mehr vorhandener Haushaltsgegenstände zählt. "Gemeinsame Unterhaltungspflicht" bedeutet nun aber nicht, daß beide bei jeder Unterhalts-

173) Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1370, Anm. 1.

174) Begründung zu Entwurf II, § 1377, S. 42.

leistung die Verpflichtung je zur Hälfte trifft, denn "die Frau erfüllt ihre Verpflichtung ... in der Regel durch die Führung des Haushalts" (§ 1360, Satz 2). Hier handelt es sich um eine Fiktion, die - besonders im Hinblick auf ihre güterrechtlichen Wirkungen - inkonsequent erscheint. Denn wenn der gesetzliche Güterstand sich zum Grundsatz der Gleichberechtigung bekennen will und deshalb § 1360, Satz 1 bestimmt, daß beide Ehegatten dieselbe Verpflichtung zum Unterhalt der Familie trifft - was zweifellos dem Grundsatz des Art. 3 GG entsprechend ist -, so kann diese "Gleichverpflichtung" nicht in Satz 2 wieder völlig negiert werden, indem generell die Haushaltstätigkeit der Frau der Erwerbstätigkeit des Mannes völlig gleichbewertet wird. Hier wird der Frau auf Grund ihrer (durch das Geschlecht bedingten) soziologischen Stellung ein Privileg eingeräumt, das mit Art. 3 GG nicht mehr zu begründen ist¹⁷⁵). Dabei wird der Konflikt der Schutzwerte - hier modernes Denken (Gleichberechtigung), dort Berücksichtigung unserer Jahrhunderte alten Gesellschaftsordnung (soziologische Stellung der Frau) - keineswegs übersehen. Es soll aber gerade aus diesem Grunde betont werden, daß die Lösung, die das Gleichberechtigungsgesetz gebracht hat, nicht Endpunkt der Entwicklung sein kann. Es ist unmöglich, modernes Denken mit - demgegenüber

175) Erkennt man die Unterschiedlichkeit der Frau an, erkennt man gleichzeitig, daß eine vollkommene Verschmelzung ihres Schutzbedürfnisses mit dem Gleichheitssatz nicht möglich ist, so darf man dies doch nicht völlig übergehen und güterrechtliche Lösung bestimmen, wie sie die Zugewinnngemeinschaft bietet. Zweifellos wäre Gütertrennung als gesetzlicher Güterstand die konsequenteste Lösung; sie würde aber eine zu große Härte bedeuten, was sich hauptsächlich gegen die nicht erwerbstätige Frau richten könnte, wenn diese auf Grund einer vielleicht einmaligen Entgleisung schuldig (§ 58 EheG) - oder konventionell mitschuldig § 60 EheG - geschieden würde. Denn dann hätte sie überhaupt keinen Anspruch, während im Gegenfall der Mann - wäre er auch unterhaltsverpflichtet - doch zumindest auf den Vermögenszuwachs zurückgreifen könnte. Wenn deshalb ein gesetzlicher Güterstand in irgendeiner Weise die Einheit der Ehe berücksichtigen will, so ist dies schon begründet. Nur muß es nicht zu einer Lösung wie in § 1378, Abs. I BGB führen. Den Zielen kann in gleicher Weise entsprochen werden, erfolgt der Ausgleich in anderer Art oder geringerer Höhe.

patriarchalisch-antiquierten - Begriffen zu durchsetzen, wie es SCHEFFLER-KOENIGER tun, wenn sie zu der Surrogationsvorschrift des § 1370 ausführen, es würde dem Willen des "gewissenhaften" Mannes entsprechen, daß die Frau die Haushaltsgegenstände in ordentlichem Zustand zurückerhält 176). Dem Willen eines gewissenhaften Mannes muß es entsprechen, seinen Teil zum Unterhalt der Familie beizutragen. Dazu gehört in gleicher Weise die Verpflichtung, in die Ehe eingebrachte Haushaltsgegenstände der Familie zur Verfügung zu stellen wie durch Erwerbstätigkeit den Unterhalt der Familie zu finanzieren. Diese Erwerbstätigkeit bis zur Höhe des Unterhalts der Haushaltsarbeit der Frau gleichzustellen, ist angängig. Nicht vertretbar sind aber die weiteren Konsequenzen, die der Gesetzgeber gezogen hat, insbesondere:

1. Die geringere Bewertung der Unterhaltsleistung des Mannes gegenüber der Haushaltsarbeit der Frau. Nur so ist zu erklären, daß die Frau an dem regelmäßig beim Mann sich einstellendem Zugewinnüberschuß noch einmal zur Hälfte beteiligt wird.

2. Die Surrogationsregel des § 1370 BGB.

Hierzu folgendes Beispiel: Mann und Frau bringen als einziges Vermögen eine Küchen- bzw. eine Schlafzimmereinrichtung in die Ehe ein. In Erfüllung ihrer Verpflichtung aus §§ 1360, 1360 a BGB stellen sie diese der Familie zur Verfügung, wobei sich folgende Besonderheiten zeigen:

- a) Hätte die Frau ihre Kücheneinrichtung nicht in die Ehe eingebracht, sondern kurz zuvor verkauft und von dem Geld eine Reise gemacht, so hätte sie ihre Unterhaltspflicht in gleicher Weise erfüllt, wie wenn sie die Küche einbringen würde, denn die Frau ist zur Erwerbstätigkeit nur verpflichtet, soweit die Arbeitskraft des Mannes nicht ausreicht (§ 1360, Satz 2, 2. Halbsatz). Verkauft der Mann aber seine Einrichtung vor der Ehe, so ändert das an seiner Verpflichtung, durch Erwerbstätigkeit die Mittel zur Neuanschaffung zu erarbeiten, nichts.
- b) Ersetzt der Mann kurz vor Ende des Güterstandes die unmodern gewordene Küche der Frau, so führt dies dazu, daß der Mann verpflichtet ist, mit Vermögen (unterdessen abgenutzte Schlafzimmereinrichtung) plus Arbeit, die Frau dagegen nur mit Arbeit (= Haushaltsführung), die Familie zu unterhalten.

176) Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK, § 1370, Anm. 1.

- c) Ob die Küche ersetzt wird oder nicht, die Frau also eine Vermögensverschlechterung (abgenutzte Küche) oder Vermögensvorteile (neue moderne Küche) erfährt, berührt in keiner Form die Höhe des Ausgleichsanspruches: die Hälfte des Überschusses steht dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu (§ 1378, I BGB).
- d) So kann § 1370 zwar nicht, wie BARTHOLOMEYCZIK¹⁷⁷⁾ meint, zu einem "vorweggenommenen Ausgleich des Zugewinns", wohl aber zu einer Art von "nichtanrechnungspflichtigem Voraus" führen, wenn der eine seinen Zugewinn benutzt, um Ersatzanschaffungen zugunsten des anderen vorzunehmen.

Die Lösung des § 1370 in Verbindung mit § 1360 mag deshalb zutreffend sein, wenn - wie es früher üblich war - die Haushaltsgegenstände von der Frau als Mitgift eingebracht wurden. Durch § 1370 konnte vermieden werden, daß die Frau allein oder zum größten Teil die Verpflichtung traf, mit ihrem ganzen oder teilweisen Vermögen und ihrer - gleichbewerten - Arbeit die Familie zu unterhalten, während den Mann nur die Erwerbspflicht treffen würde. Dabei darf aber nicht außer acht gelassen werden:

1. Der Brauch, daß die Braut Mitgift in die Ehe bringt, trifft in der heutigen Zeit nicht mehr generell zu, jedenfalls nicht in dem Umfang, daß er einem "gesetzlichen" Güterstand zugrunde gelegt werden könnte.
2. Eigentümer der Haushaltssache ist nicht die "Gemeinschaft der gegenseitig Unterhaltsverpflichteten", sondern immer der einzelne Ehegatte. Deshalb kann auch nicht eingesehen werden, weshalb der Mann, der einen Haushaltsgegenstand der Frau ersetzt, rückwirkend die Unterhaltsleistung der Frau allein übernehmen, das Vermögen evtl. sogar mehrten sollte, was geschieht, wenn nach der Surrogationsregel des § 1370 verfahren wird. Denn auch Wertminderung im Dienste der Familie ist - finanzieller - Unterhalt und somit Vermögensleistung, wozu die Eheleute durch die §§ 1360, 1360 a verpflichtet sind. Das Argument, auch für die Frau gelte ja die gleiche Regelung, kann nicht überzeugen. Denn die Pflichtenkreise der Eheleute sind nach der Fassung des § 1360 BGB verschieden, weshalb es regelmäßig doch nur der Mann sein wird, der die Haushaltssachen zu ersetzen hat.

177) Erman-Bartholomeyczik, § 1370, Ziff. 1.

Um solch unbillige Ergebnisse zu vermeiden, ist zu prüfen, inwieweit die Eigentumslage anders bestimmt werden kann, als es § 1370 BGB vorsieht. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Vereinbarungen, die sich nur auf einen konkreten Gegenstand beziehen und solchen, die das Prinzip der gesetzlichen Lösung beseitigen wollen.

Die ersteren sind ohne weiteres - auch formlos - möglich, so wie jeder Ehegatte grundsätzlich über Gegenstände, die sein Eigentum sind, verfügen kann. § 1369 BGB steht dem nicht entgegen, denn er will nur die Nutzung der Gegenstände des ehelichen Haushalts der Familie erhalten. Hierfür spielt es aber keine Rolle, welcher Ehegatte nun im Einzelfall der Eigentümer ist ¹⁷⁸⁾.

Bei der zweiten Gruppe kommt es darauf an, ob die Ehegatten nur die Surrogationsregel des § 1370 ausschließen, oder eine "neue Surrogation" gegen die Regel des § 1370 einführen wollen. Hier ist in jedem Fall die Form des Ehevertrages erforderlich, da eine spezifisch-güterrechtliche Norm - Sonderregel gegenüber den §§ 929 ff. BGB - abgeändert werden soll.

Wird die Surrogation des § 1370 ausgeschlossen, so regelt sich der Eigentumserwerb nach den allgemeinen Regeln, d.h. der Ehegatte erwirbt, der das Geschäft abschließt, es sei denn, es handelt sich um ein Geschäft "für den, den es angeht". Eine Änderung dieser Art ist zulässig ¹⁷⁹⁾, wobei der gleiche Gedanke ¹⁸⁰⁾ maßgebend ist, der schon Vereinbarungen bezüglich eines konkreten Gegenstandes ermöglichte.

Daneben stehen die Modifikationen, die eine andere Art der Surrogation konstituieren, die Eigentum generell bei der Frau oder beiden Ehegatten gemeinsam entstehen lassen. Es ist dies die Frage, ob die Eheleute im voraus ein Geschäft "für den, den es angeht" festlegen können, oder ob sie hierdurch gegen das zwingende Verbot verstoßen, über künftiges Vermögen zu verfügen (§ 310 BGB). Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob

178) Vgl. Krüger-Breetzke-Nowack, § 1369 Anm. 2.

179) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1370, Anm. 10; Körner § 87, Seite 251; FamRZ 59, 185; Krüger-Breetzke-Nowack § 1370, Anm. 1; Beitzke Seite 64; Erman-Finke § 1370, 4; Bärnmann AcP 157, 203.

180) Vgl. Krüger-Breetzke-Nowack § 1369, Anm. 2.

die Vereinbarung reines Schuldrecht oder einen familienrechtlichen Vertrag zum Inhalt hat, denn für Eheverträge kommt § 310 BGB nach der herkömmlichen Meinung ¹⁸¹⁾ nicht in Betracht.

Wird die Abgrenzungsregel ¹⁸²⁾ zu Hilfe genommen, so zeigt sich, daß es sich um eine schuldrechtliche Beziehung innerhalb eines güterrechtlichen Verhältnisses handelt, denn zwar können nur Eheleute die spezifisch-güterrechtliche Regel des § 1370 ausschließen, jedermann sonst könnte aber willens sein, im voraus ein Geschäft "für den, den es angeht" vertraglich festzulegen. (Beispiel: A und der Kunstverständige B vereinbaren, daß B überall dort, wo er aus dem 14. - 16. Jahrhundert Madonnen sieht, diese für A kauft.)

Für diese schuldrechtliche Beziehung innerhalb der güterrechtlichen Regelung findet § 310 BGB aber wieder Anwendung. Denn der Sinn des Ausschlusses der §§ 305 ff. BGB von ihrer Anwendung bei familienrechtlichen Verträgen ist es, nicht die Zulässigkeit der Vereinbarung von Güterständen schlechthin in Frage zu stellen, die die Verpflichtung, künftiges Vermögen zu übertragen, in sich schließen kann ¹⁸³⁾. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb der allgemeine Schutzgedanke des § 310 BGB zwar bei Schuldverhältnissen, nicht aber bei schuldrechtlichen Verträgen innerhalb des Güterrechts Anwendung finden kann. Denn bei der Gefahr, es könne sich jemand zum (privaten) Vorteil eines anderen seiner Erwerbsfähigkeit begeben ¹⁸⁴⁾, ist es unwesentlich, ob dieser "andere" ein Dritter oder der Ehepartner ist.

Ergibt sich mithin, daß § 310 BGB bei der Beurteilung, ob eine "neue Surrogation" zulässig ist, zu beachten ist, so ist im folgenden die Einwirkung der Vorschrift auf die Vereinbarung zu untersuchen. Voraussetzung des § 310 ist, daß sich vertraglich ein Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen. Ist es schon fraglich, ob es die Verpflichtung, alle Madonnen künftig für A, alle Haushaltsgegenstände für die Frau zu erwerben, überhaupt die Verfügung über ein künftiges eigenes Recht betrifft ¹⁸⁵⁾, so handelt es sich

181) Palandt-Danckelmann, § 305, 1; Erman-Groepper vor § 305, Anm. 1c; Soergel-Siebert § 310, Anm. 3; Fischer, RGRK § 310, Anm. 2.

182) Vgl. § 8, S. ; § 13, S. .

183) So bei dem Ehevertrag, der Gütergemeinschaft vereinbart, die Verpflichtung, künftiges Vermögen Gesamt werden zu lassen.

184) Mot. II, 186/187.

Fußnote 185) S. 60.

doch jedenfalls nicht um "Vermögen oder Bruchteile des Vermögens", sondern höchstens um einzelne Bestandteile des Vermögens, die nicht von dem Schutz des § 310 umfaßt werden ¹⁸⁶⁾.

Hieraus ergibt sich, daß der Ehevertrag eine neue Surrogation etwa der Art, daß nur die Frau oder der Mann oder Mann und Frau gemeinsam Eigentum erwerben, vereinbaren kann. Im Innenverhältnis liegt eine Besitzmittlungsvereinbarung nach § 930 BGB vor, die den Mann (Veräußerer) verpflichtet, den Besitz für die Frau zu erwerben. Der Übertragungswille muß noch vorhanden sein, wenn der Mann den Besitz der Haushaltssache vom Dritten erlangt ¹⁸⁷⁾. Liegt das nicht vor, so erwirbt der Mann selbst Eigentum und die Frau hat nur den Anspruch auf Eigentumsverschaffung aus der ehevertraglichen Vereinbarung.

Die Änderung der Eigentumsregel des § 1370 berührt auch den Bereich des Vollstreckungsrechts. Sie gibt dem Mann die Möglichkeit, bei einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen die Frau im Rahmen der Widerspruchsklage (§ 771 ZPO) sein Eigentum auch an den Haushaltssachen zu beweisen ¹⁸⁸⁾ (und die Vermutung des § 1362 BGB zu widerlegen), die er an Stelle von Gegenständen der Frau angeschafft hat. Diese Folge steht der Zulässigkeit der Vereinbarung aber nicht entgegen, denn § 1370 ist eine Sonderbestimmung gegenüber den allgemeinen Regeln des Eigentumserwerbs, die nur auf den Güterstand beschränkt ist und nur das Interesse der Ehegatten im Sinn hat.

185) Bei dem "Geschäft für den, den es angeht" erwirbt der Ehegatte, der abschließt, nicht selbst Eigentum, das er dann auf den anderen Ehegatten überträgt, sondern der Geschäftsherr unmittelbar. Der Ehevertrag, der die neue Surrogation bestimmt, enthält deshalb auch nur die Verpflichtung, bei den entsprechenden Geschäften das Eigentum für den Geschäftsherrn erwerben zu wollen und kein Eigeninteresse zu verfolgen, was Voraussetzung der Abweichung von der Regel des § 164, 2 BGB ist (Enneccerus-Nipperdey, § 179, III, 3).

186) Fischer, BGB-RGRK § 310, 2; RG JW 1909, 11.

187) Palandt-Hoche, § 930 Anm. 3; BGB-RGRK, § 920, Anm. 10; Staudinger-Berg, § 930 Ziff. 6; Soergel-Siebert, § 939, Ziff. 2.

188) Palandt-Lauterbach, § 1362, Anm. 4; Erman-Finke, § 1362, 3 d; Stein-Jonas-Pohle, ZPO, § 739, IV.

2. Abschnitt: Vorschriften, die den Ausgleich des Zugewinns, seine Bestimmung und seine Abwicklung betreffen

§ 17

Die Bedeutung der §§ 1371 ff. innerhalb des
gesetzlichen Güterstandes

Der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft ist vorläufiger Endpunkt einer Entwicklung, die auf dem 33. Deutschen Juristen-Tag mit der Forderung nach einer Protektion der biologisch und auch soziologisch schwächeren Frau ihren Ausgang nahm. Das Urteil des BGH vom 18.12.1953¹⁸⁹⁾ wies dann endgültig den Weg der Notwendigkeit, die soziologische Einheit der Ehe zu berücksichtigen. Der Grundgedanke unseres gesetzlichen Güterstandes ist demnach die Gleichbewertung der Haus- oder auch Berufsarbeit der Frau mit der des Mannes¹⁹⁰⁾.

Daraus folgt, daß die Frau auch vermögensrechtlich in gleicher Weise beteiligt sein soll.

Der Gesetzgeber hat diesen Gedanken dadurch verwirklicht, daß bei einem Ende des Güterstandes prinzipiell die Differenz hälftens ausgeglichen wird, um die der Vermögenszuwachs des einen Ehegatten den des anderen übersteigt.

Inwieweit hier eine andere Regelung getroffen werden kann, hängt primär davon ab, inwieweit ein Rechtsinstitut durch die Tendenz der Vorschriften gebunden ist, die seinen Typus bringen.

Der Gesetzgeber hat verschiedene Güterstandsformen geschaffen. Jede von ihnen zeigt bestimmte Charakteristika, die durch den Zweck, den sie erfüllen soll, bedingt sind. Deshalb ist es auch nicht richtig, wenn

189) BGHZ 10, 266.

190) Vgl. Bärmann, AcP 157, 147; Maßfeller, DNotZ 1957, 349.

SCHMIDT-HEDEMANN-FUCHS ¹⁹¹⁾ meinen, der Typus eines Güterstandes würde erst durch die Vereinbarung bzw. die Unterlassung der Vereinbarung geprägt. Der Typus ist das Spiegelbild der Tendenz. Ändert diese sich, dann ändern sich auch die Charakteristika. So findet sich bei der Gütergemeinschaft die Verwirklichung des Einheitsgedankens, bei der Gütertrennung die Sicherung der freien Entfaltung der Persönlichkeit auf vermögensrechtlichem Gebiet, und bei der Zugewinnngemeinschaft die Vereinigung der widerstreitenden Prinzipien der vorigen Güterstandstypen mit den Forderungen des Programmsatzes aus Art. 6 GG ¹⁹²⁾. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist durch § 1364 gesichert, eine Einschränkung bringt der Familienschutzgedanke mit den Verfügungsbeschränkungen in § 1365 und § 1369. Hierauf kann, wie schon dargelegt wurde, verzichtet werden. So ist das tragende Element des gesetzlichen Güterstandes, dasjenige, das seinen Typus bestimmt, seine Kernbestimmung, wie KRÜGER-BREETZKE-NOWACK ¹⁹³⁾ sagen, der Grundsatz des Ausgleichs des Zugewinns als Konsequenz oder Folge der Gleichbewertung der Pflichtenkreise von Mann und Frau. Wird dieses Prinzip angegriffen, so ist zu untersuchen, ob der Grundtypus noch erhalten ist, und, wenn dies nicht der Fall ist, welchem Güterstand die vermögensrechtlichen Regelungen des Ehevertrages jetzt ähneln.

191) Wie Schmidt-Hedemann-Fuchs, § 1432, 6 d, auch Staudinger-Engelmann, § 1432, 3 c, Dernburg IV, S. 172, Anm. 2, Cosack, Bd. II, S. 500: a.A. die wohl herrschende Meinung, so v. Baligand, Der Ehevertrag, S. 35 ff., Ehrlich, S. 193 ff., 216 ff.; Planck (1. Aufl.) zu § 1432 Nr. 2, Abs. 4: Wieruszowski II, S. 210, Nr. 14; Lehmann, § 12, IV, a; Enneccerus-Kipp-Wolff, § 41, IV, 1; vgl. dazu die ausführlichen Erörterungen und Schrifttumsnachweise unter § 5 dieser Dissertation.

192) Erman-Finke - § 1408, 4 - hält das Wesen des gesetzlichen Güterstandes für nicht bestimmt, eine Vereinbarung könne also auch nicht wegen eines Verstoßes gegen dieses "Wesen" Nichtigkeit haben. Er begründet dies damit, selbst der Zugewinnausgleich, der "wesentliche Bestandteil" des Güterstandes, könne ja ausgeschlossen werden. Das ist richtig. Erman-Finke übersieht dabei aber, daß dann in der Regel Gütertrennung die Folge ist: vgl. auch Bärmann, AcP 157, 203.

193) Krüger-Breetzke-Nowack, vor § 1371, Anm. 1.

Im Einzelfall ist zu differenzieren zwischen dem Ausschluß jeden Ausgleichs, dem Ausschluß, der nur unter bestimmten Umständen erfolgen soll und der lediglichen Modifizierung, sei es der Quote oder der Abwicklung.

Wird der Zugewinn völlig ausgeschlossen, so tritt Gütertrennung ein, falls sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt (§ 1414), falls also nicht der Ehevertrag zum Beispiel ausdrücklich sagt, daß der gesetzliche Güterstand mit seinen übrigen Regeln dennoch Gültigkeit haben soll. An dieser Lesart des § 1414 bestehen berechtigte Zweifel. Ist der gesetzliche Güterstand seines tragenden Prinzips beraubt, so ist die Vereinbarung daraufhin zu untersuchen, ob sie einem anderen "Typus" entspricht. Dem kommt am nächsten die Gütertrennung. Auch ihr Typus ist bestimmt, obwohl dem § 1414 keine konkreten, die Ausgestaltung der Gütertrennung betreffenden Vorschriften folgen: er ergibt sich aus den allgemeinen Möglichkeiten und Grenzen der Vertragsfreiheit.

In unserem Ausgangsfall muß die Vertragsauslegung, da die Ehegatten die Verfügungsbeschränkungen beibehalten wollen, zu einer modifizierten Gütertrennung ¹⁹⁴⁾ führen. Auch der Wortlaut des Gesetzes kann zu keinem anderen Ergebnis führen. § 1414 lautet:

"Schließen die Ehegatten den Ausgleich des Zugewinns aus, so tritt Gütertrennung (in ihrer reinsten Art) ein, falls sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt."

Ergibt sich aus dem Ehevertrag "etwas anderes", nämlich, daß die Zugewinnsgemeinschaft fortbestehen, daß Verfügungsbeschränkungen gelten sollen, so soll diese Bestimmung nicht nichtig sein ¹⁹⁵⁾, sondern schon Geltung haben, d. h., es soll eine Art modifizierte Gütertrennung eintreten. Die Wirkung der Modifizierung beschränkt sich aber auf das Innen-

194) Vgl. hier Anm. 196).

195) Vgl. v. Baligand, S.42: "Daraus, daß eine Bestimmung dem Wesen des unter den Ehegatten geltenden Güterstandes widerspricht, folgt nicht notwendig die Nichtigkeit der Bestimmung. Oft wird Konversion in einen anderen Güterstand mit zulässigen Modifikationen, oft auch Konversion in gewöhnliche sachen- oder obligationenrechtliche Vertragsschöpfungen möglich sein."

verhältnis. Handeln die Ehegatten diesem schuldrechtlichen Vertrag zuwider, so ergeben sich Ersatzansprüche aus den allgemeinen vertraglichen und deliktischen Grundsätzen 196).

Scheffler-Koeniger 197) lehnen die Möglichkeit, innerhalb der Gütertrennung Verfügungsbeschränkungen einzuführen, aus doppeltem Grunde ab: einmal, weil in das Güterrechtsregister nur die Gütertrennung ohne Zusatz eingetragen würde, zum anderen, weil § 137 BGB einer solchen Vereinbarung entgegenstünde. Die Begründung kann nicht überzeugen. Es ist richtig, daß die Verfügungsbeschränkungen nicht in das Güterrechtsregister eingetragen und die Wirkungen des § 1412 haben können: Grund ist der § 137 BGB, der im Außenverhältnis die Wirksamkeit solcher Beschränkungen untersagt. Der Güterstand der Gütertrennung ist aber doch ein vertraglicher Güterstand, es ist also nicht recht ersichtlich, warum vertragliche Einschränkungen, die § 137 II ausdrücklich zuläßt, nicht möglich sein sollen.

PLANCK 198), der meist zitiert wird, spricht nur davon, daß nach § 137 die Befugnis eines Ehegatten, über sein Vermögen zu verfügen, bei dem Güterstande der Gütertrennung nicht mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Die gleiche Auffassung vertritt CONG 199),

196) Der Terminus "modifizierte" Gütertrennung ist also nicht ganz korrekt, denn die Grundprinzipien des Güterstandes - völlige Vermögens- und Verfügungsfreiheit - bestehen unverändert fort. Die Ehegatten haben sich gegenseitig nur verpflichtet, von diesen Rechten in gewissem Umfang (Verfügung über das Vermögen im ganzen und über Haushaltsgegenstände) keinen Gebrauch zu machen.

197) Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1408, Anm. 15, Körner § 86, S. 247.; A.A. Lorenz, JZ 57, 105; v. Baligand (S. 51) betont zu Recht, das Wesen der Gütertrennung bestehe "im Gegensatz zu den Güterständen objektiver und subjektiver Vermögensgemeinschaft gerade darin, daß der Güterstand keiner absolute Rechtsverhältnisse güterrechtlicher Natur kenne, daher auch ihre Einführung durch Vertrag" ausschließe, er räumt aber (in Anm. 1, Seite 51) ein, daß schuldrechtlich-verpflichtende Vereinbarungen möglich seien.

198) Planck, 4. Aufl., Anm. 9 a zu 1432.

199) Staudinger-Coing, § 137, Anm. 3.

der den Parteien die Macht abspricht, mit dinglicher Kraft die Verfügungsbefugnis zu verhindern und damit Rechte zu schaffen, die zugleich objektiv veräußerlich und subjektiv unveräußerlich sind. Die Unterteilung in objektiv und subjektiv mag etwas irreführend sein, aber auch COING sagt nur das, was schon in § 137 ausdrücklich steht: die Wirksamkeit einer Verpflichtung zur Nichtverfügung bleibt im Innenverhältnis unberührt, nur kann ihr keine Außenwirkung beigelegt werden.

Der Unterschied, ob der Ausschluß jeglichen Zugewinns "modifizierte" Gütertrennung zur Folge hat oder modifizierte Zugewinnsgemeinschaft, ist nicht nur rechtsdogmatischer Art. Liegt eine modifizierte Zugewinnsgemeinschaft vor, dann sind die Verfügungsbeschränkungen gesetzliche Verfügungsverbote, und der andere Ehegatte hat das Klagerecht aus § 1368. Besteht aber Güterstand der Gütertrennung als Grundtypus, so haben die Vorschriften von § 1365 und § 1369 nur noch Innenwirkung.

§ 1368, der den anderen Ehegatten gesetzlich zur Geltendmachung eines fremden Rechts im eigenen Namen ermächtigt, ist gänzlich aufgehoben. Es besteht nur die Möglichkeit einer gewillkürten - vertraglich oder einseitig ermächtigenden - Prozeßstandschaft, wenn die Ermächtigung oder deren Gebrauch im eigenen klar erkennbaren Interesse des anderen Ehegatten liegt. Dieses Interesse wird wegen des Schutzcharakters des § 1369 gegeben sein. Doch wird die Prozeßführungsermächtigung dem anderen Ehegatten nicht viel nutzen, denn er kann (wegen § 137 II BGB) der Verfügung nicht mehr die Verbotsnorm des § 1369 entgegenhalten, die bei der Zugewinnsgemeinschaft zur Nichtigkeit der Vereinbarung führen würde. Der Dritte erwirbt also selbst dann Eigentum, wenn er bösgläubig ist, d.h. wenn er von dem Innenverhältnis weiß. Nur für den Fall der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung kann sich unter Umständen das Recht ergeben, die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes und somit die Herausgabe zu verlangen (§§ 826, 249 BGB).

Das Prinzip des Ausgleichs kann demnach nicht völlig beseitigt werden, ohne daß damit nicht gleichzeitig auch der gesetzliche Güterstand als Grundform hinwegbedungen würde. Der folgende zweite Problemkreis umfaßt demgegenüber die Vereinbarungen, bei denen das Charakteristikum des gesetzlichen Güterstandes als Grundprinzip bestehen bleiben und nur unter gewissen Umständen (Scheidung, Kinderlosigkeit) ein Ausgleich nicht stattfinden soll.

§ 18

Der Ausschluß des Zugewinns für den Eintritt
eines Ereignisses

Da grundsätzlich jeder Ausschluß eines Zugewinnausgleichs zur Gütertrennung führt, soll nun geprüft werden, auf welchem Wege die Eheleute das von ihnen bezweckte Ergebnis - Aufrechterhaltung der Verfügungsbeschränkungen mit dinglicher Wirkung - auch dann erreichen können, wenn sie unter gewissen Umständen, für den Eintritt eines bestimmten Ereignisses nicht ausgleichen wollen. Das wird vor allem für den Fall von Bedeutung sein, daß der ausgleichsverpflichtete Ehegatte schuldlos geschieden wird oder der Mann kurz nach seiner zweiten Ehe stirbt, wobei § 1371 eine schwere Benachteiligung für die Kinder aus erster Ehe bedeuten würde. Um hier Vermögensverschiebungen zu verhindern, die selbst mit dem Gedanken eines Äquivalents für gleichberechtigte und gleichverpflichtete Mitarbeit oft nicht mehr vereinbar sind, muß ein Weg gefunden werden, der dem Rechnung trägt und dennoch die gesetzlichen Revokationsrechte erhält. Das ist nur möglich, wenn der gesetzliche Güterstand als Grundtypus fortbesteht und der Ausschluß des Ausgleichsanspruchs (und damit der Übergang zur Gütertrennung) erst zu dem Zeitpunkt (bedingt) vereinbart wird, zu dem das - noch ungewisse - Ereignis eintritt.

Güterstandsvereinbarungen können, das wird allgemein bejaht ²⁰⁰⁾, unter Bedingungen getroffen werden. Das ergibt sich aus dem Gesetz. Schon Verlobte können einen Ehevertrag abschließen, der Wirksamkeit erst mit der Eingehung der Ehe erlangt. Auch das ist eine Bedingung. KNUR ²⁰¹⁾ hält daneben mit Recht auch Teilregelungen des Güterstandes für - aufschiebend oder auflösend - bedingungsfreundlich. Das führt zu folgenden Ergebnissen:

200) Knur, DNotZ 57, 472; Bärman, AcP 157, 208; Staudinger-Engelmann 1432, Anm. 13; Enneccerus-Kipp-Wolff, § 41, III, 3, vgl. auch Körner § 77, Seite 213.

201) Knur, DNotZ 57, 462.

1. Die Ehegatten wollen, daß nur im Falle der Geburt eines Kindes während der Ehe der Zugewinn ausgeglichen werden soll. Deshalb vereinbaren sie

- a) den gesetzlichen Güterstand aufschiebend bedingt;
- b) den Ausgleich des Zugewinns aufschiebend bedingt.

Das die Bedingung auslösende Ergebnis soll in beiden Fällen die Geburt eines Kindes sein,

Beide Wege, a) und b), führen zu dem gleichen Ergebnis: einstweilen ist Gütertrennung vereinbart. Denn die Ehegatten haben erst für einen späteren Zeitpunkt, eben den des "Ereignisses", die Zugewinnngemeinschaft bestimmt. Hierzu kommt man sowohl im Falle a), wo dies ausdrücklich (oder entsprechend § 1414) vereinbart ist, wie auch bei b), denn dort soll nicht ausgeglichen werden, wenn nicht das Ereignis eintritt; das führt aber nach der hier vorgetragenen Lehre von der Gebundenheit durch die Typik eines Güterstandes zwingend zur Gütertrennung.

Wird nun, um bei dem Ausgangsbeispiel zu bleiben, ein Kind geboren, so gilt ex nunc der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, ex nunc wird das Anfangsvermögen bestimmt, ex nunc entsteht auch erst die Anwartschaft auf eine eventuelle zukünftige Ausgleichsforderung. Diese bestimmt das Gesetz in § 158 sowohl für die aufschiebende wie für die auflösende Bedingung. Die Möglichkeit, die Wirkung der Bedingung auf den Zeitpunkt der Vereinbarung (ex tunc) zurückzubeziehen, hat das BGB abgelehnt ²⁰²⁾. Es ist nur möglich, schuldrechtliche Vereinbarungen zu treffen, die die Beteiligten verpflichten, "einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären" (§ 159 BGB). Das bedeutet, daß die Ehegatten schuldrechtlich den Eintritt der Bedingung (und somit die Berechnung des Zugewinns) auf den Zeitpunkt des Ehevertragschlusses zurückbeziehen können, wodurch auch ein Ausgleich des Zuwachses erreicht werden kann, der während des Schwebezustandes entstanden ist. Die Interessen Dritter werden hierdurch nicht berührt, weder die der Gläubiger eines Ehegatten, weil das Endvermögen sich erst nach Abzug der Verbindlichkeiten bestimmt (§ 1375, I, 1 BGB), noch die

202) Staudinger-Coing, § 158, 1 b; Soergel-Siebert § 159, 1; Palandt-Danckelmann § 159, I.

Dritten, denen der Ehegatte einen Gegenstand veräußert hat, bezüglich dessen er durch eine Vereinbarung mit der Frau in der Verfügung beschränkt war. Denn die Rückwirkung des § 159 hat nur schuldrechtliche Bedeutung. Sie macht nur den Ehegatten, nicht aber auch Dritte restitutions- oder schadenersatzpflichtig ²⁰³⁾.

Zu dem gleichen Ergebnis führt es, wenn die Gütertrennung auflösend bedingt mit der Klausel des § 159 vereinbart wird. Auch hier wird zwar ein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses rückwirkender Zugewinnausgleich ermöglicht, nicht aber die Wirkung, die die Ehegatten erstreben: die dingliche Kraft der Verfügungsbeschränkungen schon während des Schwebezustandes. Das kann nur erreicht werden, indem die Eheleute die Zugewinnngemeinschaft auflösend bedingt (oder Gütertrennung aufschiebend bedingt) vereinbaren, etwa: Für unsere Ehe soll der gesetzliche Güterstand gelten, außer wenn sie kinderlos bleiben sollte. Für diesen Fall vereinbaren wir die Gütertrennung (oder: für diesen Fall verzichten wir gegenseitig auf jeden Ausgleich etwaigen Zugewinns). Tritt das bestimmte Ereignis ein ²⁰⁴⁾ - im Laufe der Ehe wird ein Kind nicht geboren, der Güterstand endet anders als durch den Tod eines Ehegatten - so "endigt mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand ²⁰⁵⁾ (Gütertrennung) wieder ein".

Dieses Ergebnis ist auch hinsichtlich des Dritten vertretbar, denn er hat (auf Grund des Güterrechtsregisters) Kenntnis davon, daß die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand leben. Sein Schutzbedürfnis wird also nicht berührt, nicht einmal dann, wenn das "Ereignis" des § 158, II in die Zeit des Schwebezustandes (§ 1366) fällt. Denn die Genehmigung des anderen Ehegatten ist nicht notwendig, da jeder unbeschränkt über sein Vermögen und ihm gehörende Gegenstände - nur diese sind ja von den Beschränkungen betroffen - verfügen kann.

203) § 161 BGB betrifft die aufschiebend bedingte Vereinbarung über einen Gegenstand, hat also für die bedingte Güterstandsvereinbarung keine Bedeutung.

204) Nach herrschender Meinung genügt schon, daß abzusehen ist, daß das Ereignis nicht mehr eintreten kann (Soergel-Siebert, § 158, Ziff. 16; Staudinger § 158, 1; Palandt-Danckelmann, § 158).

205) § 158, Abs. II BGB.

Als Zusammenfassung des oben Dargelegten soll versucht werden, an Hand der voraussichtlich am häufigsten angestrebten Ausschlußbegehren die Wege aufzuzeigen, die zu einer wirksamen Realisierung der Wünsche der Ehegatten führen können.

1. Ausschluß bei Scheidung:

Bedingter Verzichtvertrag auf das gesetzliche Erbrecht i.S. des § 1371, III, 2. HS.,

oder Zugewinnngemeinschaft auflösend

oder Gütertrennung aufschiebend bedingt (mit der Klausel des § 159 BGB) vereinbaren. Auflösende oder aufschiebende Bedingung ist die Scheidung.

Die herrschende Lehre ²⁰⁶⁾ kommt zu dem gleichen Ergebnis, nur ist ihr Weg, der sie dorthin führt, von dem hier aufgezeigten verschieden, da sie den Ausschluß des Zugewinns nicht generell zur Gütertrennung führen läßt.

2. Ausschluß bei Kinderlosigkeit:

a) Zugewinnngemeinschaft auflösend bedingt mit Rückwirkungsklausel vereinbaren, auflösendes Faktum die Kinderlosigkeit der Ehe, oder

b) Zugewinnngemeinschaft aufschiebend bedingt vereinbaren. Ereignis: Geburt des Kindes. Hier ist aber eine Klausel ²⁰⁷⁾ nötig, die den Ausgleich des bis zur Geburt des Kindes erzielten Zugewinns sichert ²⁰⁸⁾.

3. Kein Ausgleich bei dauerndem Getrenntleben:

Soll bei dauerndem Getrenntleben auch für die zurückliegende Zeit nicht ausgeglichen werden, so wird der gesetzliche Güterstand auflösend bedingt²⁰⁹⁾,

206) Kohler, BB 59, 933; Knur, DNotZ 57, 471 f.; Palandt-Lauterbach, 1408; Anm. 4; Sichtermann, BB 59, 349; Finke, MDR 57, 579

207) Etwa: 1. Mit der Geburt unseres ersten Kindes tritt der gesetzliche Güterstand ein.

2. Für diesen Fall soll ein eventueller späterer Ausgleich des Zugewinns auch den Vermögenszuwachs umfassen, den jeder von uns bis zum Eintritt des gesetzlichen Güterstandes erzielt hat.

3. Zu diesem Zweck haben wir gemeinsam ein beiderseitiges Verzeichnis unserer Anfangsvermögen aufgestellt, dessen Inhalt wir als unwiderruflich richtig anerkennen.

208) Knur, DNotZ 57, 472.

209) Knur, DNotZ 57, 472, Fußnote 43.

wiederum mit der Klausel des § 159 vereinbart, auflösendes Ereignis ist das dauernde Getrenntleben, das allerdings näher bestimmt werden muß. In der Regel wird es anzunehmen sein, wenn gemäß § 1385 BGB die Möglichkeit für den schuldlos getrennten Ehegatten bestünde, auf vorzeitigen Ausgleich zu klagen, also nach drei Jahren.

Eine solche Vereinbarung muß nicht generell sittenwidrig sein. Man denke nur an die vielen Ehen, die ohne richterliche Verfügung getrennt sind.

4. Ausschluß des Zugewinns in sonstigen Fällen:

Der Ausgleich soll erst von einem bestimmten Alter des Ehegatten an, wenn sich seine Versorgungsberechtigung ²¹⁰⁾ gezeigt hat, oder wenn angenommen werden kann, daß ein Zugewinn durch die Arbeit beider Ehegatten entstanden ist ²¹¹⁾ stattfinden:

Das ist nur möglich über die auflösend bedingte Zugewinnsgemeinschaft; denn alle Vereinbarungen, die die Möglichkeit offenlassen, daß ein Ausgleich überhaupt nicht erfolgt, widersprechen dem Grundprinzip des gesetzlichen Güterstandes und führen nur hin zur Gütertrennung. Inwieweit sie daneben noch sittenwidrig sind, kann nur aus den Einzelumständen entschieden werden. Generell muß dies aber nicht der Fall sein. Der Gesetzgeber wertet zwar die Pflichtenkreise von Mann und Frau gleich. Sind Art und Umfang der Pflichten aber doch so unterschiedlich, daß eine Gleichbewertung in keiner Weise ihre Rechtfertigung findet ²¹²⁾, so verneint eine Abmachung, die die Ausgleichsforderung von dem "Verdienst" der Frau abhängig macht, davon, daß der Zuwachs des Mannesvermögen doch in irgendeiner Weise auf ihre Tätigkeit oder Stellung zurückzuführen ist, nicht das Wesen der Ehe.

210) Sichtermann, BB 59, 349.

211) Sichtermann, a. a. O., S. 349.

212) Beispiel: Der Mann trägt den vollen Unterhalt der Familie, er ist allein erwerbstätig, die Frau ist weder im Haushalt tätig, noch erzieht sie die Kinder.

§ 19

Modifikation der gesetzlichen Bestimmungen,
die die Tilgungsweise der Forderung betreffen

Der letzte Abschnitt legte dar, inwieweit die Ausgleichsforderung generell oder bedingt ausgeschlossen werden kann. Eine weitere Möglichkeit, dem "Unsicherheitsfaktor" ²¹³⁾ einer möglichen Ausgleichsverpflichtung vorzubeugen, liegt in der Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen, die den Umfang der Forderung ("Hälttiger" Ausgleich, § 1378, I), ihren Charakter (grundsätzliche Geldforderung, § 1383) sowie ihre grundsätzlich (§ 1382) sofortige Fälligkeit (§ 1378, II) betreffen. Aus der Aufzählung der Modalitäten ergibt sich die Unterscheidung in zwei Gruppen: zum einen diejenige, die die gesetzliche Höhe der Ausgleichsforderung unberührt läßt und nur die Tilgungsweise abweichend regelt; andererseits die Vereinbarungen, die vom gesetzlich vorgezeichneten Charakter oder Prinzip der hälftigen Ausgleichsverpflichtung abgehen wollen.

Die erste Gruppe bereitet keine Schwierigkeiten ²¹⁴⁾. Von ihr wird insbesondere dann Gebrauch gemacht werden, wenn das Vermögen des Ausgleichspflichtigen aus einem Komplex, z.B. einem Unternehmen, besteht, dessen weitere Existenz durch die sofort fällige Ausgleichsforderung in Frage gestellt würde.

So kann statt der sofortigen Fälligkeit eine Ratenzahlung oder eine Stundung ²¹⁵⁾ außerhalb der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung (§ 1382 BGB) vereinbart, für den Fall einer Ausgleichsverpflichtung bestimmt werden, die Frau solle eine Beteiligung an dem Unternehmen des Mannes erhalten oder gewisse Gegenstände (Grundstücke, Aktien) die wertmäßig der Ausgleichsforderung entsprechen. Diese Abmachungen berühren das tragende Prinzip der Zugewinnsgemeinschaft nicht. Sie bewerten die Pflichtenkreise von Mann und Frau gleich, was erforderlich ist, um den gesetzlichen Güterstand als Grundtypus beibehalten zu können.

213) Finke, MDR 57, 579

214) Bärmann, AcP 157, 204; Maßfeller, DB 58, 565; Kohler, BB 1959, 933; Sichtermann, BB 59, 349 f.; Finke, MDR 57, 579.

215) Erman-Finke, 1382, 6; Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK 1382, 38; Knur, DNotZ 57, 474.

Die Abgrenzung bereitet bei der zweiten Gruppe, die vom Prinzip der "hälftigen" Ausgleichsverpflichtung abweichen will, wesentlich größere Schwierigkeiten, und es wird im einzelnen zu untersuchen sein, wo die Grenze liegt, die der Grundtendenz des gesetzlichen Güterstandes noch entsprechend ist.

§ 20

Vereinbarungen, die die Höhe der Quote anders als im Gesetz bestimmt, regeln wollen

Der Gesetzgeber ging bei der Schaffung des Güterstandes davon aus, daß der Mann berufstätig ist und der Frau die Hausarbeit und die Erziehung der Kinder obliegt. Die Stellung der Frau in der Familie, die biologischen Besonderheiten der Geschlechter und der sich daraus ergebende unterschiedliche Wirkungskreis haben in der Normalehe zur Folge, daß sich ein Vermögenszuwachs zumeist nur bei dem Mann einstellt, denn nur er wird in der Regel für seine Arbeit bezahlt. Dieses unbefriedigende Ergebnis, das mit dem Gedanken der Einheit der Ehe nicht zu vereinbaren ist, will die Zugewinnngemeinschaft ausgleichen, indem sie der Frau einen Ausgleich für ihre Tätigkeit zubilligt. Schon in den Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages zeigte sich die Schwierigkeit, eine allgemein gültige Formel dafür zu finden, inwieweit die Tätigkeit des einen Ehegatten eine Beteiligung am Vermögenszuwachs des anderen rechtfertige. So sah noch der zweite Entwurf vor, daß nur Dreiviertel des Überschusses ausgleichspflichtig sei. Wenn man sich schließlich auf eine hälftige Beteiligung einigte, so geschah das nicht etwa, weil nur diese Lösung mit dem Gedanken der "Einheit der Ehe" vereinbar wäre, sondern weil der Gesetzgeber von der Durchschnittsehe der Durchschnittsanspruchung der Ehefrau im Verhältnis zu dem Durchschnittseinkommen des Mannes auszugehen hatte, und für diesen Personenkreis ist die gesetzliche Regelung auch zweifellos berechtigt.

Daß der Gesetzgeber die Verschiedenheit der Tätigkeiten von Mann und Frau aber nicht gänzlich außer Betrachtung lassen wollte, daß er nicht völlig übersah, daß andere Voraussetzungen auch andere Lösungen fordern können, beweist § 1381 Abs. I: der Schuldner kann die Erfüllung der

Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns grob unbillig wäre. Hier könnte es sich um das Regulativ für die Fälle handeln, in denen die starre gesetzliche Lösung zu Ergebnissen führt, die mit einer gerechten Verteilung des Zugewinns nicht vereinbar sind, weil jede Grundlage fehlt, die auch nur irgendwie eine Gleichbewertung rechtfertigen könnte.

Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber für einen der Hauptanwendungsfälle des § 1381 aber selbst durch § 1381, Abs. II zunichte gemacht ²¹⁶⁾: die Nichterfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden wirtschaftlichen Verpflichtungen ²¹⁷⁾ begründet nur dann die Einrede des § 1381, wenn "schuldhaft" nichterfüllt wurde. Bestreitet der Industrielle den gesamten Unterhalt der Familie, selbst den Teil, der nach der Fassung des Gesetzes (§ 1360) der Frau zukommen würde - die Haushaltsführung obliegt Angestellten, Kinder werden von Kindermädchen oder in Internaten erzogen -, so besteht dennoch keine Möglichkeit, über § 1381 eine Korrektur der Quote zu erreichen: die Frau bleibt zur Hälfte am Überschuß des Mannesvermögens beteiligt (§ 1373, I), denn wenn ihr keine Verpflichtungen zukommen, kann ihr auch nicht der Vorwurf gemacht werden, diese schuldhaft nicht erfüllt zu haben.

216) Auch sonst ist der Anwendungsbereich des § 1381 sehr eingeengt. Bloße Unbilligkeit gibt noch nicht die Leistungsverweigernde Einrede, vielmehr ist ein Ergebnis erforderlich, das "in besonders unerträglicher Weise dem Gerechtigkeitsempfinden widersprechend ist." (So Begründung des Entwurfs II, Beilage zu BTDruck 3409, S.12; Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1381, 3; Palandt-Lauterbach, § 1381, 2).

217) Mann und Frau sind verpflichtet, durch Vermögen und Arbeit (§ 1360, bei der Frau in der Regel = Haushaltsführung) zum Unterhalt der Familie beizutragen. Da nach dem Sinn des § 1360 die Erfolge ihrer Tätigkeiten gleichbewertet werden, ist die Frau in der Regel zur Vermögensbereitstellung erst nach dem Mann verpflichtet, insoweit das Vermögen des Mannes aus der der Haushaltsführung gleichbewerteten Erwerbstätigkeit resultiert (Erman-Bartholomeyczik, § 1360, 5; Palandt-Lauterbach, § 1360, 3). Zu der Problematik der beiderseitigen Unterhaltsverpflichtung unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 GG vgl. die Erörterungen § 16, S. 54 ff.

Die Regelung des § 1381 hilft also, wie zu zeigen war, nur in den seltenen Fällen, wo die Frau keinen Beitrag zum Unterhalt leistet, obwohl ein Beitrag nach den Umständen dringend erforderlich wäre. Obliegt der Frau keine Haushaltstätigkeit, so bleibt die Ausgleichsregel des § 1378 davon unberührt, mag auch der Beruf des Mannes noch so kräftezehrend und aufreibend sein.

Das Bestreben, in diesen Fällen, die auch nicht irgendwie nur eine Gleichbewertung zulassen, eine von § 1378 abweichende Regelung zu treffen, ist deshalb verständlich. Dabei kann die Quote den individuellen Verhältnissen Rechnung tragen, soweit dies mit dem Grundsatz der Teilhabe vereinbar ist.

Die Grenze der diesbezüglichen Modifikationsfreiheit und damit der Übergang zum Güterstand der Gütertrennung muß sehr weit gezogen werden. Sie wird erst dann überschritten, wenn die Beteiligung de facto einem Ausschluß des Zugewinnausgleichs gleichkommt. So wird im Schrifttum auch ausnahmslos die Zulässigkeit einer vereinbarten Quote von 1/3 oder 1/4 des Überschusses anerkannt²¹⁸⁾. Die herrschende Lehre folgert dies mit dem "argumentum ex maiore" aus § 1414, Satz 2: wenn der Ausschluß jeglichen Zugewinns gestattet sei, so müsse dies erst recht auch für eine Änderung der Quote gelten.

Das besagt aber noch nichts für die Frage, wann der Ausschluß oder die Modifikation der Quote zur Gütertrennung führt. Dennoch sind vertragliche Veränderungen der Quote zulässig. Denn es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die dingliche Wirkung der Verfügungsbeschränkungen beeinträchtigt werden sollte, wenn die Pflichtenkreise nun grundsätzlich gleichbewertet werden, wenn aber andererseits auch nicht verkannt wird, daß der Umfang der Tätigkeiten sehr verschieden sein kann. Der Zweck der §§ 1365 - 1369 - Schutz der Familie und Sicherung der Ausgleicherforderung - wird in gleicher Weise erfüllt, ob die Quote nun 1/3 oder 1/2 beträgt, und der Übergang zur Gütertrennung ist nur dann zwingend, wenn die generelle Gleichheit der Unterpflichten gelegnet werden

218) Erman-Finke, 1378, Ziff. 7; Merzbacher, AcP 156, 7; Kohler, BB 1959, 933; Sichtermann, BB 1959, 349; Maßfeller, DB 58, 564 und 1957; Knur, DNZ 57, 472; Bärmann, AcP 157, 204; Körner, § 78, Seite 214.

soll ²¹⁹⁾, wenn eine Art Unterteilung in Tätigkeiten höherer Art (Berufsarbeit) und niederer Art (Haushaltsführung) vorgenommen wird.

Modifikationen der Quote werden immer dann zulässig sein, wenn die Ehegatten das vertraglich berücksichtigen wollen, was sie später zur Begründung der groben Unbilligkeit der Ausgleichsverpflichtung (§ 1381) anführen könnten, also primär: die Nichterfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben. Diese Nichterfüllung muß allerdings in § 1381 II schuldhaft geschehen sein, was immer dann nicht der Fall ist, wenn sich auf Grund der besonderen Umstände keine wirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben. Es ist also die Frage, ob dieses Moment des "Verschuldens" vertraglich vereinbart oder als Erfordernis hinwegbedungen werden kann, indem die Ehegatten eine niedere Quote ohne Rücksicht auf dieses subjektive Moment festsetzen. Das wird wohl anzunehmen sein, denn Mann und Frau können ebenso wie alle anderen Rechtssubjekte auch im Rahmen des gesetzlichen Güterrechts - soweit dessen Typik nicht berührt wird - Verpflichtungen eingehen, ohne daß eine tatsächliche Grundlage für diese vorhanden sein muß.

Eine vertragliche Erhöhung der Quote betrifft nicht mehr den Rahmen des § 1381. Sie wird in der Regel gegen § 138 BGB verstoßen ²²⁰⁾, denn es wäre unbillig, der eventuell nur im Haushalt tätigen Frau einen größeren Anteil am Zugewinnüberschuß als dem Mann zu gewähren, durch dessen Tätigkeit erst der Gewinn entstehen konnte. Auch der entgegengesetzte Fall - die Frau des Forschers finanziert durch ihre Erwerbstätigkeit den gesamten Unterhalt der Familie und führt daneben noch den Haushalt - kann eine beiderseitige Erhöhung der Quote mit dem Ziel, einen erwarteten hohen Zugewinn des Mannes hierdurch zu erfassen, nicht rechtfertigen:

219) Eine Verpflichtung zur Verfügung über ein künftiges Vermögen, die durch § 310 BGB verboten wird, kann hierin nicht gesehen werden. Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK 1408, Anm. 16, 56, 57; Maßfeller-Reinicke, 1408, Anm. 5; Finke, MDR 57, 579; Erman-Finke, 1378, Ziff. 7; denn die Ausgleichsforderung ist nicht künftiges Vermögen, sondern nur ein Vermögensstück (RGZ 151, 78).

220) Erman-Finke, § 1378, Ziff. 7; Maßfeller-Reinicke, § 1408, Ziff. 5; Körner, § 78, Seite 217.

denn so setzt sich die Frau der Gefahr aus, trotz ihrer hohen Unterhaltsleistungen auch noch erhöht ausgleichen zu müssen, wenn die Forschung nicht zum Ziel führt.

Diese Gefahr könnte nur dadurch gebannt werden, daß die Beteiligungsquote bei Mann und Frau verschieden festgelegt wird 221).

Primär ist hiergegen einzuwenden, daß "Zugewinnausgleich" doch nicht bedeutet, daß jeder Ehegatte eine obligatorische Forderung auf die Hälfte des Zugewinns des anderen Ehegatten hat, daß am Schluß also eine Art "Aufrechnung" der gegenseitigen Forderungen stattfindet. Dann wäre es unter Umständen begründet, den Mann, dessen Zugewinn beispielsweise im Verhältnis 10 : 1 zu dem der Frau steht, geringer ausgleichen zu lassen als die Frau. § 1378 sagt aber gerade, daß die Ausgleichsforderung nur den Überschuß betrifft, um den der Zugewinn eines Ehegatten den des anderen übersteigt. Es ist also immer nur ein Ehegatte ausgleichspflichtig. Ist abzusehen, wer dieser Ehegatte sein wird, so ist eine Klausel, wie SCHEFFLER sie für möglich hält, bedeutungslos, denn sie will im Grunde doch nur einseitig die Quote bestimmen. Ist es aber noch völlig offen, wer der beiden Ehegatten den größeren Vermögenszuwachs erzielen wird, so ist die Zulässigkeit der Vereinbarung daran zu messen, inwieweit der Gedanke der Billigkeit (aus § 1381 BGB) zu ihrer Begründung angeführt werden kann. Ist dies der Fall, so sind verschiedene Beteiligungsquoten schon möglich. Das ist denkbar im Beispiel der Forscherehe - die eventuelle Ausgleichspflicht soll bei der Frau 2/10, bei dem Mann 3/4 betragen -, aber auch im Güterstand des Drehbuchautors mit der Studienrätin, wo die Frau ein konstantes, im voraus berechenbares Einkommen hat, während der Mann nur dann etwas - allerdings in großem Umfang - verdient, wenn er ein Drehbuch fertiggestellt und verkauft hat. Hier wäre es unbillig, den Mann in gleicher Weise wie die Frau zum Ausgleich zu verpflichten, wenn er kurz vor der Beendigung des Güterstandes ein besonders erfolgreiches Drehbuch verkaufen konnte, es aber nicht abzusehen ist, daß er diesen oder einen ähnlichen Erfolg in der nächsten Zeit wiederholen kann. Auch in diesem Fall müssen aber die einzelnen Umstände entscheidend sein, insbesondere, ob die Frau während der "verdienstlosen" Zeit des Mannes die gesamten wirtschaftlichen Verpflichtungen der Ehegatten voraussichtlich allein tragen muß. Denn erst die Abwägung aller Momente

221) So Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK § 1408, Anm. 55; vgl. Körner, § 78, Seite 219.

kann ergeben, ob der Vertrag der Billigkeit entspricht oder ob er mit unserem Empfinden von Sitte und Anstand unvereinbar ist, weil er das Wesen der Ehe, die besondere Verbundenheit der Gatten in der Gemeinschaft leugnet.

Eine Staffelung der Quote entsprechend der Höhe des Überschusses ist nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen, die schon für die Abänderung der Quote maßgebend waren, also "Billigkeit" und "Erhaltung der Typik". Ist beispielsweise der Umfang der Tätigkeiten der Frau im Vergleich zu denen des Mannes so viel geringer, daß eine von § 1378 BGB abweichende Lösung gerechtfertigt erscheint, so ist es unbedenklich, die eventuelle Ausgleichspflicht des allein verdienenden Mannes bei einem Überschuß bis 50.000, -- auf 50 %, bis 100.000, - auf 40 %, zumindest aber DM 25.000, --, ab DM 100.000 35 %, zumindest aber DM 40.000, -- festzusetzen. Denn wenn generell eine Herabsetzung der Quote möglich ist, so muß dies auch für eine Staffelung Gültigkeit haben ²²²⁾.

§ 21

Abweichungen vom Prinzip der "obligatorischen Geldforderung"

Die Verpflichtung, die Ausgleichsforderung des anderen Ehepartners grundsätzlich ausbezahlen zu müssen (§ 1378, 1), kann eine schwere Belastung des Schuldners bedeuten, wenn dessen Vermögen nicht flüssig ist (Unternehmen, Beteiligungen, größere Grundstückskomplexe). Etwa auftretende Härtefälle wollte der Gesetzgeber von vorneherein dadurch mildern, daß das Vormundschaftsgericht die Ausgleichsforderung stunden (§ 1382) oder die Übertragung bestimmter Gegenstände (§ 1383) anordnen kann, wenn der Schuldner es beantragt. Was diesen Antrag begründen kann, müssen die Ehegatten aber auch vertraglich vereinbaren können. Deshalb läßt die herrschende Lehre auch allgemein ²²³⁾ Vereinbarungen zu, die eine Rente,

²²²⁾ Sichtermann, BB 1959, 349.

²²³⁾ Kohler, BB 59, 933; Sichtermann, BB 59, 349; Finke, MDR 57, 579; Knur, DNotZ 57, 474; Maßfeller, DB 58, 564; Bärman, AcP 157, 204.

einen Nießbrauch, die Übertragung bestimmter Gegenstände oder eine Beteiligung unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung vorsehen.

Ob es dagegen möglich ist, eine feste "Ausgleichsverpflichtung" unabhängig von dem tatsächlichen Zugewinn zu vereinbaren, kann zweifelhaft sein. Der Industrielle hat etwa seiner Frau ehevertraglich für den Fall des Endes des Güterstandes DM 100.000, -- zugesagt, womit jede Ausgleichsforderung abgegolten sein soll. Bedenken ²²⁴⁾ wegen der Gefahr einer eventuellen Gläubigerbenachteiligung bestehen nicht: denn selbst die feste Ausgleichsleistung, die im Endeffekt höher sein kann als die zur Verfügung stehende Aktivmasse, berührt die Interessenlage der Gläubiger nicht, da sie - im Rahmen des gesetzlichen Güterstandes - immer nur Surrogat der "Ausgleichsforderung" des § 1378, I sein kann. Das wiederum bedeutet, daß wie bei der Ausgleichsforderung auch die feste Ausgleichsleistung erst "nach Abzug der Verbindlichkeiten" geleistet werden kann. Übersteigt sie das dann noch vorhandene Aktivvermögen, so berührt die Frage, ob eine darüber hinausgehende Restforderung zulässig ist, nicht den Bereich des Gläubigerschutzes, sondern die Vereinbarkeit mit den "guten Sitten" (§ 138 BGB).

KNUR ²²⁵⁾ weist auf das spekulative Element hin, das jede feste "Ausgleichsvereinbarung" in sich trägt. Dies ist in gleicher Weise der Fall, ob nun festzustehen scheint, wer der Ausgleichsverpflichtete sein wird, wie dann, wenn dies noch nicht zu übersehen ist. Denn Unsicherheitsfaktoren bestehen immer in mannigfacher Weise: die Wirtschaftslage, die Gesundheit als Grundlage der Erwerbsfähigkeit, der Zeitpunkt des Endes des Güterstandes. So liegt die Beurteilung Zulässigkeit - Unzulässigkeit bei der Frage der Vereinbarung der spezifischen spekulationsgeschäftlichen Merkmale mit den Forderungen des § 138 BGB. Hierzu haben Rechtsprechung und Schrifttum ²²⁶⁾ folgende Grundsätze erarbeitet:

1. Das Risiko einer Spekulation muß der Erklärende selbst tragen ²²⁷⁾, daraus folgt
2. der Ausschluß der Anfechtung bei gewagten Geschäften ²²⁸⁾.

224) Palandt-Lauterbach, § 1378, Anm. 2.

225) Knur, DNotZ 57, 474.

226) Enneccerus-Nipperdey, § 168, I; RG JW 1909, 215; BGH AWD d.BB 1958, 171.

227) Enneccerus-Nipperdey, § 168, I.

228) BGH AWD d.BB 1958, 171.

3. Bei Spekulationsgeschäften kann aus der durch objektive Wahrscheinlichkeitsrechnung ermittelten Ungleichheit der Leistungen noch nicht zwingend auf die Sittenwidrigkeit des Geschäfts geschlossen werden. Es können vielmehr noch anderweitige wirtschaftliche Rücksichten mitspielen 229).

Überträgt man die hieraus gewonnenen Erkenntnisse auf das Gebiet des vertraglichen Ehegüterrechts, so ergeben sich für die Frage der festen Ausgleichsleistung folgende Konsequenzen:

- a) Der Umfang der festen "Ausgleichsleistung" ist nach den gleichen Gesichtspunkten zu überprüfen, die für eine Erhöhung bzw. Minderung der Quote maßgebend waren.
- b) Dabei sind aber an die Bejahung der Sittenwidrigkeit strengere Erfordernisse zu stellen, die ihren Grund in dem alleinigen Risiko des "Ausgleichsverpflichteten" haben.
- c) Insbesondere ist auch die gemeinschaftliche Verbundenheit der Ehegatten zu berücksichtigen. Deshalb ist eine feste "Ausgleichsverpflichtung" stets auf die Höhe des Aktivvermögens beschränkt. Jede weitere Rest-Forderung geht unter. Hat der Gesetzgeber dies für den in § 1378 Abs. II einzig denkbaren Fall bestimmt, daß ein Ehegatte schädigende Handlungen im Sinne des § 1375 Abs. II vorgenommen hat, so muß es doch erst recht für den Fall gelten, daß der Zugewinn ohne Verschulden des "Ausgleichsverpflichteten" geringer als erwartet geblieben ist. Insofern entspricht § 1378, II den durch die Ehe als besondere Gemeinschaft noch verstärkten Forderungen von Sitte und Anstand: er steht außerhalb jeder Modifikationsmöglichkeit.
- d) Die Tatsache allein, daß z.B. die Frau eine feste Ausgleichsforderung besitzt, obwohl den Mann nach den gesetzlichen Berechnungsregeln eine Ausgleichsverpflichtung nicht treffen würde, begründet Sittenwidrigkeit noch nicht. Der Gesetzgeber selbst hat in § 1371, I gezeigt, daß es hierauf nicht zwingend ankommen muß. So muß es zulässig sein, daß die Frau gegen eine der Erwartung gegenüber wesentlich geringere feste Ausgleichsleistung auf die Berechnung im Einzelfall verzichtet.

229) RG JW 1909, 215.

Die Ausgleichsverpflichtung kann mithin auf mannigfache Weise abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen geregelt werden. Die gesetzliche Quote kann gemindert werden, sie kann nach der Höhe des Überschusses gestaffelt werden, es ist möglich, Vermögenswerte in Anrechnung auf die Ausgleichsforderung, in Erfüllung oder als Abgeltung der Verpflichtung zu bestimmen.

§ 22

Die Auswirkung der Modifizierung des § 1378 auf die Erbrechtsverstärkung des § 1371, Abs. I

"Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, daß sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht." (§ 1371 Abs. I)²³⁰⁾. Inwieweit sich eine Modifikation des § 1378 auch auf diese sogenannte Erbrechtsverstärkung auswirkt, ist sehr streitig²³¹⁾. Diejenigen, die automatisch auch eine entsprechende Änderung der Verstärkung des § 1371, I verlangen, werden sich auf den Willen der Parteien berufen, denn die Erbrechtsverstärkung soll den Ausgleich des Zugewinns "verwirklichen". Wollten die Parteien aber nicht, daß beim Ausgleich die Hälfte des Überlebenden dem anderen Ehegatten zusteht, dann muß - so kann argumentiert werden - auch die "Verwirklichung" entsprechend dem Willen der Parteien andere Wege gehen. Nun wird der Wille der Eheleute aber nur in den seltensten Fällen nachträglich zu erforschen sein. Vielleicht war die Quote nur verändert worden, um bei Lebzeiten für den Fall des Ausgleichs ein Auseinanderbrechen des Vermögens zu verhindern. Das ist der eine Unsicherheitsfaktor. Die zweite Gefahr liegt darin, daß eine automatische Erstreckung der - im Rahmen des Sittegemäßen - erhöhten Ausgleichsquote auf die Verstärkung einen zu starken vertraglichen Eingriff in das Erbrecht und in Rechte Dritter zur

230) Die Vorschrift bringt eine zumindest wegen ihrer Neuartigkeit seltsame Verknüpfung von Erbrecht und Familienrecht. Ob es sich hierbei um eine erbrechtliche oder eine familien(güter)rechtliche Vorschrift handelt, ist nur von Bedeutung im IPR für die Frage der erbrechtlichen Qualifikation.

231) Knur, DNotZ 57, 473.

Folge hätte ²³²⁾. Deshalb wird eine Erstreckungswirkung abzulehnen sein. BÄRMANN ²³³⁾ begründet dies mit der Unabhängigkeit der Erbteilerhöhung vom Bestehen oder Nichtbestehen eines tatsächlichen Ausgleichsanspruches, berücksichtigt dabei aber nicht, daß die Verstärkung nach dem Willen des Gesetzgebers der Verwirklichung des Ausgleichs durch eine Pauschalberechnung dienen sollte, und daß der zweifellos in § 1371 vorhandene Widerspruch zwischen Verwirklichung einerseits und Unabhängigkeit vom effektiven Zugewinn andererseits nur im Interesse der Praktikabilität ²³⁴⁾ in Kauf genommen wurde. In den Fällen des § 1371 Abs. II und III, die den überlebenden Ehegatten berechtigen, auch dann den Ausgleich des Zugewinns zu verlangen, wenn er nicht Erbe wird (§ 1371 Abs. II) oder wenn er die Erbschaft ausschlägt (§ 1371, Abs. III), hat die quotale Abänderung wieder Wirkung. Denn diese Absätze geben ja gerade durch Verweis auf die Vorschriften der §§ 1373 - 1390 - die allgemeinen Ausgleichsregeln - die Möglichkeit, so auszugleichen, als sei der Verstorbene noch am Leben.

Für § 1371 Abs. II und III sind auch die anderen Abwicklungsmodalitäten, z.B. eine Beteiligung, ein Nießbrauch etc. maßgeblich. Will der Unternehmer, daß für den Fall seines Todes der Betrieb nicht - auf Grund der drohenden "Ausgleichsverwirklichung" des § 1371, I - auseinanderfällt, sondern von seinem Sohn fortgeführt wird, so kann er das einmal dadurch erreichen, daß er seinen Ehegatten testamentarisch auf den Pflichtteil verweist und ehevertraglich Abwicklungsmodalitäten (für jeden Fall des Ausgleichs) vereinbart. Von diesem Weg wird er aber verständlicherweise nur ungern Gebrauch machen. Besser ist jedenfalls eine ehevertragliche Vereinbarung, die dem Sohn gestattet, das Unternehmen zum Buch-, Verkehrs- oder Einheitswert in Anrechnung auf seinen Erbteil zu übernehmen, wobei über den den Erbteil übersteigenden Betrag eine Stundungsvereinbarung getroffen werden kann ²³⁵⁾.

232) Knur, DNotZ 57, 473.

233) Bärmann, AcP 157, 204.

234) Bericht des Rechtsausschusses, S. 16.

235) Vgl. Kohler, BB 1959, 933.

§ 23

Die Modifizierungen der Bewertungsregeln

Eine weitere Möglichkeit, zu anderen als den gesetzlich vorgesehenen Ergebnissen zu kommen, liegt in der Modifizierung der Bestimmungen über den Umfang des Anfang- und Endvermögens und dessen Bewertungsgrundsätzen. Am häufigsten wird vorkommen, daß das Anfangsvermögen fingiert wird oder daß der Zugewinn bestimmter Vermögenswerte von der Ausgleichspflicht befreit sein soll. Das Anfangsvermögen (§ 1374) ist in einem Bestandsverzeichnis festzustellen, das beide Ehegatten gemeinsam zu errichten haben. Für dieses begründet § 1377 die widerlegbare Vermutung der Richtigkeit bezüglich des Bestandes wie des Wertes der aufgeführten Vermögensstücke. Werden die Gegenstände negativ - oder positiv über- oder unterbewertet, wird das Anfangsvermögen ohne Angabe der einzelnen Vermögensstücke in einer Summe festgelegt, was zulässig ist ²³⁶⁾, dann kann das zu einer Modifizierung der Ausgleichsquote führen. Inwieweit das möglich ist, richtet sich nach den gleichen Grundsätzen, die bei der Frage der quotalen Abänderung maßgebend waren.

Es kommt also auch hier wieder auf die Frage der Billigkeit an. Verheiratet sich ein Bildhauer, der seit Jahren an einem großen Auftrag gearbeitet hat, den er in kurzer Zeit vollenden wird, so wäre es unbillig, die dann zu erwartende Einnahme zu dem Gewinn zu rechnen, der während der Ehe erzielt wurde. Dieses etwas ungerechtfertigte Ergebnis, das sich auf Grund der gesetzlichen Lösung ergeben würde, können die Ehegatten dadurch zu korrigieren versuchen, daß sie das Anfangsvermögen in dem Bestandsverzeichnis höher angeben, als es in Wirklichkeit vorhanden ist. Eine lediglich falsche Bestandsaufnahme wird den Ehegatten aber noch nicht viel nützen, da sie immer noch auf Grund der Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung beseitigt bzw. berichtigt werden kann. Die Frage ist also, ob durch Ehevertrag eine Ausschaltung des Gedankens des § 1377 (Widerlegbarkeit der Vermutung) erreicht werden kann. Das erscheint zulässig ²³⁷⁾, denn die Interessen Dritter werden nicht berührt,

236) Erman-Finke, 1377, Ziff. 6; Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK 1377, Anm. 20. Vgl. Körner § 79, Seite 221.

237) So auch Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK 1377, Anm. 20. A.A.: Erman-Finke, 1377, Ziff. 6.

und wenn die Quote selbst in bestimmten Grenzen unmittelbar abgeändert werden kann, muß dies auch mittelbar durch eine andere Bestimmung des Anfangsvermögens möglich sein. Einer solchen Bestimmung wird aber jede Wirkung genommen, wenn das Anfangsvermögen nur die widerlegbare Vermutung der Richtigkeit für sich hat.

Der Verzicht auf die Widerlegbarkeit des Bestandsverzeichnisses ist auch für den Erben maßgebend, wenn der überlebende Ehegatte seine Rechte aus § 1371, Abs. II und III geltend macht und den Ausgleich verlangt.

Um dies zu begründen, ist es nicht notwendig, das Prinzip des § 1922 - die Universalsukzession - anzuführen und zu zeigen, ob der Verzicht auf die Widerlegbarkeit vererblich oder unvererblich ²³⁸⁾ ist. Denn der Gesetzgeber hat in § 1371 Abs. II die Anwendung der §§ 1373-1383 bestimmt, wodurch eindeutig zum Ausdruck gebracht wurde, daß die Auseinandersetzung auf die gleiche Weise erfolgen soll, als sei der verstorbene Ehegatte weiterhin der Schuldner, als würde mit ihm die Ausgleichsforderung festgesetzt, die nur dann von dem Erben als feste Verpflichtung zu erfüllen ist. Das bedeutet aber, daß Vereinbarungen der Ehegatten auch von oder gegen die Erben in dem gleichen Umfang geltend gemacht werden können, in dem der Verstorbene durch sie verpflichtet oder berechtigt gewesen wäre.

Abschließend gilt es noch zu prüfen, inwiefern durch die Modifikation der restlichen Bewertungsregeln eine Korrektur der Ausgleichsforderung erreicht werden kann.

a) § 1377 Abs. 2 Satz 1 legt die Pflicht jedes Ehegatten fest, bei der Bestandsaufnahme des anderen mitzuwirken, wenn dieser es verlangt. Ob hierauf verzichtet werden kann, hängt davon ab, welche Folge der Verzicht haben soll. Bezweckt der Vertrag, daß die Bestandsaufnahme selbst dann die - allerdings widerlegbare - Vermutung der Richtigkeit (§ 1377, I) für sich hat, wenn der andere Ehegatte nicht mitwirkt, so scheint die Vereinbarung nicht zulässig. Denn damit würde die Bestimmung der Ausgleichspflicht in großem Maße von dem guten Willen eines Ehegatten abhängig gemacht, und den anderen träfe die

²³⁸⁾ Unvererblich sind die Rechte und Verpflichtungen, die vertragsmäßig auf die Person des Erblassers beschränkt waren, so insbesondere die Dienstverpflichtungen; vgl. hierzu BGB-RGRK 1922, Anm. 11.

Last, die Unrichtigkeit beweisen zu müssen ²³⁹⁾. Dient der Verzicht dagegen nur dem Zweck, durch die Unmöglichkeit der Errichtung eines gemeinsamen Bestandsverzeichnisses die Folge des § 1377 Abs. III und somit eine Änderung der Höhe der Ausgleichsverpflichtung herbeizuführen, so muß dies zulässig sein ²⁴⁰⁾. Denn wie die Ehegatten eine Bestandsaufnahme nicht vornehmen müssen, wie sie Gegenstände in dem Verzeichnis anführen können, die noch nicht vorhanden sind, um hierdurch den Ausgleich zu beeinflussen, muß dies auch auf dem Wege des Verzichts auf die Mitwirkung erreichbar sein.

- b) Eine Vereinbarung, die Widerlegbarkeit und Mitwirkungspflicht gleichzeitig ausschließt, ist ohne Bedeutung, denn § 1377, I hat nur die widerlegbare Vermutung für sich, wenn Gemeinsamkeit bei der Errichtung vorliegt. Das ist aber eine Tatsache, die nicht hinwegbedungen, auch nicht fingiert werden kann. Ein vertraglicher Verzicht auf § 1377, II 1 hat also nur zur Folge, daß der verzichtende Ehegatte seinem Vermögen das Plus der widerlegbaren Vermutung nicht geben kann und er Gefahr läuft, der Vermutung des § 1377, III zu unterliegen und so sein ganzes Vermögen als Zugewinn betrachtet wird.
- c) Die Vorschrift des § 1377, II, 2, die - was den Inhalt des Verzeichnisses angeht, auf die Regelung im Nießbrauchrecht verweist, kann durch die Bestimmung einer anderen Verzeichnisaufnahme ersetzt werden. Sie hat nur helfenden, unterstützenden Charakter.
- d) Es wird auch zulässig sein, das Anfangsvermögen (§ 1374, I) anders zu bestimmen als durch den Abzug der Verbindlichkeiten vom präsenten Vermögen bei Eintritt des Güterstandes ²⁴¹⁾.

So können die Ehegatten ehevertraglich Vermögenswerte wie Einkünfte aus einem Nebenerwerb, aus einem Patent, einem Urheberrecht, den entstehenden "good will" eines Unternehmens ²⁴²⁾ für nicht ausgleichspflichtig erklären, Werte, die nach den gesetzlichen Vorschriften nicht zum Anfangsvermögen gezählt würden ²⁴³⁾. Die Grenze und der Übergang zum Güterstand der Gütertrennung liegt wieder dort, wo diese

239) Körner, § 81; Knur, DNotZ 57, 478.

240) So Ermann-Finke, § 1377, Ziff. 6; Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK 1377, Anm. 20.

241) So auch Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK 1374, Anm. 15; Bärmann, AcP 157, 204.

242) Sichtermann, BB 59, 349, Anm. 5

243) Erman-Finke, 1374, Ziff. 7.

Bestimmung de facto zum Ausschluß des Ausgleichs führt. Es ist nicht möglich, daß der Mann, der allein Zugewinn erwartet, ehevertraglich sämtliche Einkünfte aus seinem Einzelhandelsunternehmen, das sein gesamtes Vermögen darstellt, für nicht ausgleichspflichtig erklärt; wohl aber, wenn er daneben noch größere Einkünfte aus Miethäusern etc. hat.

- e) Wie ERMAN-FINKE ²⁴⁴⁾ und KNUR ²⁴⁵⁾ ausführen, ist es auch zulässig, das Anfangsvermögen und das diesem hinzurechnende später erworbene Vermögen (§ 1374, II) für ausgleichspflichtig zu erklären. Dies ergibt sich aus § 1377, Abs. III: haben die Ehegatten kein Verzeichnis des Anfangsvermögens aufgestellt, so wird vermutet, daß das Endvermögen eines Ehegatten seinen Zugewinn darstellt. Sind auf diesem Wege Anfangsvermögen und Zugewinn ausgleichspflichtig, so ist nichts dagegen einzuwenden, das gleiche Ergebnis auch durch eine ehevertragliche Vereinbarung zu erreichen.
- f) In gleichem Maße wie das Anfangsvermögen kann auch das Endvermögen anders bestimmt werden denn als "Vermögen bei Ende des Güterstandes nach Abzug der Verbindlichkeiten" (§ 1375, I BGB). Hier ist daran zu denken, daß die Ehegatten gewisse Gegenstände oder Vermögenswerte ²⁴⁶⁾, etwa die Ansprüche aus Patenten, Lizenzen oder Urheberrechten, nicht berücksichtigt sehen wollen. Die Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung könnte nur aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden, so etwa aus § 138, wenn im Beispiel der Forscherehe der Mann seine einzige nennenswerte Erwerbsquelle - die Lizenzgebühren aus einer während der Ehe gemachten Erfindung - bei der Feststellung des Endvermögens nicht werten will.

§ 1375 Abs. II schützt den pflichtbewußten Ehegatten vor vermögensmindernden Handlungen (unentgeltliche Zuwendungen, Verschwendungen etc.) des anderen: diese werden grundsätzlich dem Endvermögen hinzugerechnet. Inwieweit hier Modifikationsfreiheit gegeben ist, berührt hauptsächlich die Grundsätze der "guten Sitte". Generell wird der Ausschluß nicht unmöglich sein, es sei denn, er bezweckt offensichtlich die Schädigung des Ausgleichsberechtigten oder der Familie ²⁴⁷⁾.

244) Erman-Finke, § 1374, Ziff. 7.

245) Knur, DNotZ 57, 462.

246) Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1375, Anm. 23; Knur, DNotZ 57, 475; Erman-Finke § 1375, Anm. 6; Sichter mann, BB 59, 350.

247) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK, § 1375, Anm. 23; a.M. Erman-Finke, § 1375, Anm. 6, der generell Sittenwidrigkeit annimmt, und Körner, § 79, S. 223.

Der Tatbestand des § 1375, II, 1 ist zu unklar, um daraus eine zwingende gesetzgeberische Absicht entnehmen zu können. Die Frage, was unter "Zuwendungen, durch die nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird" zu verstehen ist, wird Streitigkeiten noch und noch hervorrufen. Denn die absichtlich benachteiligenden Handlungen sind durch § 1375, II, 3 schon aus § 1375, II, 1 ausgeklammert. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber selbst § 1375, Abs. II für gewisse Fälle (Zeitablauf, Einverständnis) durch § 1375, Abs. III aufgehoben hat.

Vereinbarungen sind deshalb in besonderem Maße von der Lage des Einzelfalles abhängig, die so verschiedenartig sein kann, daß eine summarische Beurteilung nicht möglich ist.

- g) Neben der "Fingierung" des Anfangs- oder Endvermögens stehen die Vereinbarung, die von dem gesetzlichen Berechnungsmodus des § 1376 abweichen wollen. Dort ist bestimmt, daß der Berechnung des Anfangs- bzw. Endvermögens der Wert zu Grunde zu legen ist, den das Vermögen bei Eintritt bzw. Beendigung des Güterstandes darstellte.

Hier wird das Interesse bestehen, eine Lösung zu finden, die der Besonderheit des einzelnen Vermögensstücks auch bei der Berechnung seines Wertes Rechnung trägt. Die herrschende Meinung ²⁴⁸⁾ läßt solche Vereinbarungen bedenkenlos zu. So können die Eheleute bestimmen, daß bei einer Auseinandersetzung nicht der Verkehrswert ²⁴⁹⁾ der einzelnen Vermögensstücke, sondern z.B. ihr Einheitswert (bei Grundstücken!) oder der Wert auf Grund der letzten Jahresbilanz (bei Unternehmen) entscheidend sein soll.

Schwierigkeiten wird die Bewertung von Patenten, Lizenzen, Urheberrechten oder des "good will" eines Betriebes bereiten, denn es handelt sich hier um Vermögenswerte, die nicht fest oder bestimmbar sind, deren Entwicklung vielmehr von der Konjunktur und anderen Faktoren abhängig ist, was eine Abgrenzung ihres wirklichen Wertes unmöglich macht. Es kann deshalb nur von Nutzen sein, wenn die Ehegatten hierüber eine Vereinbarung treffen.

248) Erman-Finke, § 1376, Ziff. 5; Knur, DNotZ 57, 476; Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1376, Anm. 34; Sichtermann, BB 59, 350; Anm. 6; Kohler, BB 59, 933; Körner § 79, S. 224.

249) Sichtermann, BB 59, 350, insbes. Anm. 13.

Die Bedenklichkeit der Regelung des § 1376 zeigt sich in besonderem Maße bei den sogenannten "unechten Wertsteigerungen". Diese liegen dann vor, wenn sich nicht der innere, sondern nur der nominelle Wert eines Gegenstandes erhöht hat. Der Wert einer Uhr, die vor 10 Jahren gekauft wurde, kann heute z.B. das Vierfache betragen, nicht, weil Verbesserungen einen höheren Wert begründen würden, sondern weil der Preis der Rohmaterialien, die Löhne etc. gestiegen sind, weil eine Uhr der gleichen Machart heute einfach das Vierfache kostet. Unechte Wertsteigerungen beruhen also immer auf dem Geldwert, auf der sinkenden Kaufkraft einer Währung. Sie sind dem ausgleichspflichtigen Vermögenszuwachs nicht hinzuzurechnen ²⁵⁰⁾. Eine Judikatur zu diesem Problem besteht aber bisher noch nicht. Deshalb wird der Ehegatte, der ein Haus in die Ehe einbringt, gut daran tun, der Unsicherheit zu entgehen und durch eine Vereinbarung zu verhindern, daß der andere unter Umständen eines Tages die Hälfte der Steigerung des Verkehrswertes des Hauses als Ausgleich verlangen kann.

- h) Die Auskunftspflicht über den Bestand des Vermögens (§ 1379, Satz 1) sowie das Recht, bei der Aufstellung des Endverzeichnisses zugegen zu sein (§ 1379, Satz 2), können nicht vertraglich abbedungen werden. Ist nicht jeder Ehegatte verpflichtet, über den Bestand seines Vermögens Auskunft zu erteilen oder kann er das Endvermögen nach eigenem Gutdünken bestimmen, so besteht keine Möglichkeit, zweifelsfrei die Höhe der Ausgleichsforderung zu bestimmen. Das ist weder mit Sinn und Zweck des Güterstandes vereinbar (also zwingende Vorschrift) ²⁵¹⁾, noch entspricht es § 138 BGB, weshalb der Ausschluß des § 1379 auch aus dem Grundsatz der Sittenwidrigkeit nichtig wäre ²⁵²⁾.

250) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK 1376, Anm. 18; vgl. dazu insbes. Thierfelder in FamRZ 59, 225 und 59, 445; Breetzke, FamRZ 60, 184; Maßfeller-Reinicke 1381, Anm. 6.

251) Knur, DNotZ 57, 478; Körner, §81, Seite 227.

252) So auch Erman-Finke, § 1379, Anm. 4; a.A. Erman-Bartholomeyczik, § 1379, Ziff. 4, und Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK, § 1379, Ziff. 4, die einen Ausschluß des § 1379 zulassen, denn die Ehegatten seien auch sonst in weitem Umfang zu ehevertraglichen Änderungen der Ausgleichsregel befugt. Das Auskunftsrecht sei im Ergebnis auch nur eine der Ermittlung von Grund und Höhe der Ausgleichsforderung dienende sachlichrechtliche Möglichkeit. Die Begründung kann, wie oben dargelegt, nicht überzeugen.

Als nächstes und letztes im Rahmen der Prüfung, inwieweit Normen des gesetzlichen Güterrechts eine vertragliche Änderung erfahren können, werden noch die Bestimmungen zu behandeln sein, die einen vorzeitigen Ausgleich ermöglichen, sowie die Frage, ob die Eheleute auch einen zwischenzeitlichen Ausgleich vereinbaren können.

§ 24

Vorzeitiger und zwischenzeitlicher Ausgleich

Die §§ 1385 und 1386 bringen die einzigen vom Gesetzgeber vorgesehenen Tatbestände, für die trotz des Weiterbestehens der Ehe der Zugewinn vorzeitig ausgeglichen werden kann:

bei einem berechtigten Getrenntleben seit mindestens drei Jahren (§ 1385);

bei einer schuldhaften Nichterfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtungen (§ 1386, I);

bei ausgleichsgefährdenden Verhalten (§ 1386, II) sowie

bei der Weigerung der Unterrichtung über das Vermögen (§ 1386, III).

Beide Vorschriften betreffen Tatbestände, die den schuldlose Ehegatten sichern oder vor einem wirtschaftlich schädlichen Verhalten des anderen schützen wollen: durch § 1385 soll verhindert werden, daß der schuldlose Ehegatte auf Scheidung klagen muß, um nicht seiner Ausgleichsforderung verlustig zu gehen²⁵³; § 1386 will vor sittenwidrig-schädigenden Verhalten bewahren. Vereinbarungen, die diese Tendenz des Gesetzgebers negieren, entbehren jeder sittlichen Grundlage. Sie sind deshalb unzulässig²⁵⁴.

253) Besteht diese Gefahr nicht, vergrößert sich während des Getrenntlebens der Zugewinn des Schuldigen noch weiter, so wird der Schuldlose niemals den Weg des § 1385 wählen, denn damit würde er seine eigene Ausgleichsforderung schmälern!

254) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1408, Anm. 65 und § 1386, Anm. 29; Erman-Finke § 1386, Ziff. 6, § 1385, Ziff. 4; Knur, DNotZ 57, 472; Erman-Bartholomeyczik § 1385, 4.

Einen wiederholten Zugewinnausgleich innerhalb derselben Ehe sieht das Gesetz nicht vor. Das ergibt sich aus § 1388, der bei vorzeitigem Ausgleich die Zugewinnngemeinschaft enden und Gütertrennung eintreten läßt. Daß die Ehegatten auch weitere Fälle vereinbaren können, bei denen ein vorzeitiger Ausgleich eintritt, ergibt sich schon aus der Zulässigkeit, den gesetzlichen Güterstand auch während der Ehe aufzuheben (§ 1408). Ob die Folge vorzeitigen Ausgleichs immer Gütertrennung sein muß, ob also § 1388 zwingender Natur ist ²⁵⁵⁾, wird zweifelhaft sein. Der Zweck der §§ 1385 wie 1386 ist primär, die Gefährdung des bereits erzielten Überschusses durch einseitige schädigende Handlungen zu verhindern ²⁵⁶⁾, nicht aber, wie ERMAN-FINKE und auch SCHEFFLER ²⁵⁷⁾ meinen, die Gütertrennung einzuführen. Das "warum" ist auch nicht ersichtlich, können doch die Ehegatten, nachdem durch Urteil auf vorzeitigem Ausgleich erkannt ist und dieser abgewickelt wurde, ehevertraglich wieder den gesetzlichen Güterstand einführen.

Inwieweit daneben eine Modifikation möglich ist, die den in § 1385 bezweckten Schutz des schuldlosen Ehegatten noch verstärken will, indem eine kürzere "Wartezeit" als von drei Jahren vereinbart wird, mag fraglich sein. Die herrschende Meinung lehnt dies mit Recht ab ²⁵⁸⁾, zumal sich keine Notwendigkeit dazu ergibt und das Interesse des schuldlosen Ehegatten keines besonderen Schutzes bedarf. Denn erzielt er während der Zeit des Getrenntlebens einen größeren Zugewinn, so kann er dessen Ausgleich aus Gründen der Billigkeit (§ 1381) verweigern, wird er aber durch Handlungen des anderen Ehegatten wirtschaftlich geschädigt, so ist gemäß § 1386, II/1375, II BGB die Möglichkeit gegeben, ohne Einhaltung einer Frist auf vorzeitigen Ausgleich zu klagen. Die potentielle Gefahrlage allein kann keine Schlechterstellung des schuldigen Ehegatten über das Maß dessen rechtfertigen, als es der Gesetzgeber schon vorgesehen hat.

255) So Erman-Finke § 1388, Ziff. 4; Knur, DNotZ 57, 478.

256) Zweck des § 1385 ist, sekundär auch noch eine Ausgleichspflicht des berechtigt getrennt lebenden Ehegatten aus der Zeit zu verhindern, in der die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr bestand. Dies kann aber zumeist auch durch § 1381, die Geltendmachung der groben Unbilligkeit, vermieden werden.

257) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1388, Anm. 11; Erman-Finke, § 1388, Ziff. 2.

258) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1385, Anm. 23; Erman-Finke § 1385, Ziff. 4; Knur, DNotZ 57, 472.

Neben der Vereinbarung weiterer Fälle vorzeitigen Ausgleichs wird es auch zulässig sein ²⁵⁹⁾, ehevertraglich einen mehrmaligen zwischenzeitlichen Ausgleich zu bestimmen ²⁶⁰⁾, nur wird es darauf ankommen, welchen Charakter man dieser Zwischenleistung gibt. Maßgeblich hierfür sind primär die Bestimmungen des Ehevertrages. Wird ein Zwischenausgleich nach jeweils zehn Jahren vereinbart und weist der Mann nach diesem Zeitpunkt einen Zugewinn von DM 50.000, --, die Frau von DM 10.000, -- auf, so wären DM 40.000, -- ausgleichspflichtig. Die Zwischen-"Ausgleichsforderung" der Frau würde DM 20.000, -- betragen.

1. Der Zwischenausgleich kann den Charakter eines - unverzinslichen - Darlehens haben, dessen Rückzahlungsfälligkeit der Zeitpunkt der Endabrechnung ist. Dies ist zweifellos möglich. Hat sich der Zugewinn des Mannes bis zum Endausgleich derart vermindert, daß sein Aktivvermögen zur Deckung seiner Verbindlichkeiten nicht mehr ausreichend ist ²⁶¹⁾, so können die Gläubiger die Forderung aus dem Darlehen nach § 829 ZPO pfänden.
2. Die Zwischenleistung kann Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB sein. Dann ist sie im Zweifel nach § 1380 BGB auf die endgültige Ausgleichsforderung anzurechnen. Werden - wie im Ausgangsbeispiel - die DM 20.000, -- "geschenkt" und erhöht sich der Zugewinnüberschuß des Mannes zum Ende des Güterstandes auf DM 80.000, --, hat die Frau nur noch eine Restforderung von DM 20.000, -- ²⁶²⁾. Übersteigt die Zwischenzahlung die endgültige Ausgleichsforderung, so ist sie insofern "reine" Schenkung, die der Mann nur zurückfordern kann, wenn

259) Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1378, Anm. 37; Knur, DNotZ 57, 479; vgl. dazu Körner, § 82.

260) so § 1364, Ziff. 2 des Entwurfs II: "Die Ehegatten ... können während des Bestehens des Güterstandes einen zwischenzeitlichen Ausgleich des Zugewinns vereinbaren.

261) Der Mann hat zwischenzeitlich DM 40.000, -- ausgeglichen, also der Frau - die während der ganzen Ehe keinen Zugewinn erzielte - ein Darlehen von DM 20.000, -- gewährt. Bei Ende des Güterstandes hat er ohne die Darlehensforderung DM 10.000, -- Haben und DM 30.000, -- Verbindlichkeiten.

262) Zugewinnüberschuß des Mannes im Zeitpunkt des zwischenzeitlichen Ausgleichs DM 40.000, --, Schenkung an die Frau also DM 20.000, --; endgültiger Zugewinnüberschuß DM 80.000, --, Forderung der Frau also DM 40.000, -- abzüglich DM 20.000, -- Zwischenleistung, verbleiben DM 20.000, --.

er verarmt ist (§§ 528, 529 BGB)²⁶³). Die Lage für die Gläubiger des Mannes ist die gleiche, ob die Schenkung nach den Bestimmungen des Ehevertrages auf die Ausgleichsforderung Anrechnung finden soll oder nicht:

- a) Im Konkurs können sie die Schenkung gemäß § 32 KO anfechten, soweit sie zwei Jahre vor dessen Eröffnung erfolgte.
- b) Dasselbe gilt im Vergleichsverfahren nach § 107, II VerglO, der auf § 32 KO verweist.
- c) Außerhalb des Konkurs- und Vergleichsverfahrens begründet § 3, Ziff. 3 AnfG ein Anfechtungsrecht.

3. Auch die Vereinbarung, daß die Zwischenzahlungen den Charakter von à conto Zahlungen außerhalb des Darlehensrechts haben sollen, muß möglich sein. Die Interessensphäre der Gläubiger wird dadurch nicht mehr beeinträchtigt, als es bei den gesetzlich zulässigen Schenkungen (§ 1380 BGB) der Fall ist²⁶⁴).

Schwierigkeiten der Auseinandersetzung können sich ergeben, wenn die à conto Zahlung nicht der Ausgleichsforderung bei Beendigung des Güterstandes entspricht. Die Frage, inwieweit die Zwischenzahlung dann zurückgefordert werden kann, richtet sich nach den Bestimmungen des Vertrages, oder, wenn diese nicht getroffen wurden, nach bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten. Folgende Fälle sind denkbar:

- a) Der Mann hat zwischenzeitlich ausgeglichen, nach Beendigung des Güterstandes stellt sich aber eine Ausgleichspflicht der Frau heraus²⁶⁵);

263) § 528 BGB begründet einen Herausgabeanspruch, den der Beschenkte aber auch durch eine Unterhaltsrente abwenden kann. Diese ist grundsätzlich pfändbar. (Denecke-BGB-RGRK § 528, Anm.13; Staudinger-Kiefersauer § 528, Ziff.14; Palandt-Gramm § 528, Ziff.1), der Herausgabeanspruch nur, wenn er vertraglich anerkannt oder rechtshängig ist.

264) à conto Zahlungen verstoßen nicht gegen die zwingende Vorschrift des § 1378, II, denn auch ein zwischenzeitlicher Ausgleich bestimmt sich nach dem Überschuß, bei dem die Verbindlichkeiten bereits berücksichtigt sind.

265) Zum Zeitpunkt des Zwischenausgleichs hatte die Frau DM 20.000, -- Zugewinn, der Mann DM 30.000, --. Die Frau erhielt demgemäß eine à conto Zahlung auf den Endausgleich von DM 5.000, --. Bei Beendigung des Güterstandes weist die Frau unverändert DM 20.000, -- der

nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung kann der Mann die à conto Zahlung zurückfordern und daneben den Ausgleich des Zugewinns verlangen.

- b) Die gleiche Lösung ergibt sich, wenn die Zwischenzahlung des Mannes seine endgültige Ausgleichspflicht übertrifft.
- c) Endet der Güterstand für beide Ehegatten im Minus, so wird der Mann Schwierigkeiten bei der Rückforderung der Zwischenzahlung haben, wenn die Frau sich auf den Wegfall der Bereicherung beruft (§ 818, Abs. III BGB). Dies ist der seltene Fall, in dem die Interessen der Gläubiger von einem zwischenzeitlichen à-conto-Ausgleich berührt werden können, wenn der Mann wie die Frau überhaupt kein Endvermögen aufzuweisen haben. Ihre Position ist aber nicht schlechter, als wenn es sich um eine Schenkung handelte, denn selbst wenn die Zweijahresfrist noch nicht verstrichen ist, die Schenkung also von den Gläubigern noch angefochten werden könnte (§ 32 KO, § 107, II VerglO, § 3, Ziff. 3 AnfG), würde ein Rückgewähranspruch nichts nützen, wenn beide Ehegatten kein Endvermögen haben.

Die Möglichkeit, mehrmalig zwischenzeitlich auszugleichen, besteht also auch ohne entsprechende gesetzliche Vorschrift. Jede andere Lösung wäre wirklichkeitsfremd: könnten die Ehegatten doch dasselbe Ergebnis - wenn nur umständlicher - erreichen, indem sie den gesetzlichen Güterstand gemäß § 1414, Satz 2 aufheben, ausgleichen und neu die Zugewinnngemeinschaft vereinbaren, wobei es möglich ist, vertraglich die Ausgleichssumme als anrechnungspflichtig für den Fall eines endgültigen Ausgleichs zu bestimmen.

Fortsetzung der Fußnote

265) Mann nur noch DM 10.000, -- Zugewinn auf, sodaß dem Mann eine Ausgleichsforderung von DM 5.000, -- plus DM 5.000, -- aus dem Grundsatz der ungerechtfertigten Bereicherung - à-conto-Zahlung - zusteht.

§ 25

Die Schutzbestimmungen, insbesondere die

§§ 1381 - 1384, 1389 und 1390

Die nun noch folgenden Vorschriften stehen sämtliche außerhalb der Dispositionsfreiheit der Ehegatten:

- a) Die dreijährige Verjährungsfrist des § 1378 Abs. IV, kann wegen § 225 BGB, der eine rechtsgeschäftliche Erschwerung gesetzlicher Verjährungsregeln untersagt, nicht verlängert werden.
- b) Die §§ 1381 (Verweigerung der Ausgleichsforderung bei grober Unbilligkeit²⁶⁶⁾, 1382 und 1383 (Vormundschaftsgerichtliche Eingriffsmöglichkeit in Härtefällen²⁶⁷⁾ und § 1389 (Sicherheitsleistung bei vorzeitigen Ausgleich²⁶⁸⁾ wollen vor Ergebnissen schützen, die den Grundsätzen der Billigkeit und des Sittengemäßen widersprechen. Sie können deshalb nicht zum Gegenstand einer privaten Vereinbarung gemacht werden, ihr Ausschluß wäre sittenwidrig²⁶⁹⁾.
- c) § 1384 läßt für die Berechnung des Zugewinns bei der Scheidung den Tag der Klageerhebung entscheidend sein. Wenn die Lösung auch nicht folgerichtig erscheint - der Güterstand endet erst mit der Rechtskraft des Urteils -, so ist doch ihr Ziel, keine Ausgleichspflicht für die Zeit festzulegen, in der keine "Gemeinschaft" mehr besteht. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb nicht vertraglich eine andere Regelung vereinbart werden könnte. Denn wie es zulässig ist, das Anfangs- oder Endvermögen abweichend von der gesetzlichen Lösung zu bestimmen, wie für den Fall der Scheidung der gesamte gesetzliche Güterstand hinwegbedungen werden kann, muß es auch möglich sein, einen anderen

266) Erman-Finke, § 1381, Ziff. 4; Scheffler-Koeniger BGB-RGRK § 1381, Anm. 21.

267) Erman-Finke § 1382 Ziff. 6 und 1383 Ziff. 4; Knur, DNotZ 57, 478 d; Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1382, Anm. 38.

268) Erman-Finke, § 1389, Ziff. 5; Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK § 1389, Anm. 12. Im Ausgleichsprozeß selbst oder zum Zeitpunkt der Klageerhebung steht eine Vereinbarung über Art und Höhe der Sicherheitsleistung dem Parteiwillen frei.

269) Vgl. dazu Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK 1383, Anm. 17.

Zeitpunkt als die Klageerhebung für die Berechnung des Zugewinns zu benennen ²⁷⁰⁾. Der Hinweis, die Änderung des § 1384 würde den Scheidungsrechtsstreit in unerwünschter Weise durch Spekulationen beeinflussen ²⁷¹⁾, kann demgegenüber eine Unzulässigkeit der Vereinbarung nicht überzeugend begründen.

- d) Das Recht eines Ehegatten, von Dritten das zurückzufordern, was der andere Ehegatte diesem unentgeltlich zugewendet hat, um die Ausgleichsforderung zu schmälern (§ 1390), kann nicht vertraglich abbedungen werden ²⁷²⁾. Einmal stände hierfür der Weg des Ehevertrages nicht offen, weil es sich nicht um die Regelung einer güterrechtlichen Beziehung zwischen den Ehegatten handelt, dann wäre eine solche Absprache aber immer sittenwidrig.

270) Scheffler-Koeniger in BGB-RGRK 1384, Anm. 13.

271) Erman-Bartholomeyczik, § 1384, Ziff. 3.

272) Erman-Finke, 1390, Ziff. 5; Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK 1390, Anm. 16.

§ 26

4. Kapitel

Modifikationen des gesetzlichen Güterstandes
durch Verfügung von Todes wegen

Verfügungen von Todes wegen haben für den gesetzlichen Güterstand besondere Bedeutung, wenn sie sich auf Vorschriften beziehen, die erbrechtlicher Natur sind, oder wenn ein Ehevertrag nicht zustande kommen kann, weil eine Einigung unter den Eheleuten nicht zu erzielen ist ²⁷³⁾. Erbrechtlicher Natur ist § 1371, Abs. I. Die herrschende Meinung ²⁷⁴⁾ hat es deshalb auch abgelehnt, vertraglich eine Modifizierung der sogenannten "Erbrechtsverstärkung" zu ermöglichen, und für diesen Zweck auf die Verfügungen von Todes wegen verwiesen. Diese können aus doppeltem Grunde angestrebt werden: wenn die Ehegatten sich einig sind, daß die Verstärkung des § 1371, I die Kinder zu stark belasten würde, aber auch, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte verhindern will, daß der Ausgleichspflichtete bei seinem Tod auch noch zu Lasten der Kinder in den Genuß einer unverdienten Erbteilserhöhung kommt.

In beiden Fällen ist es nur möglich, dies einseitig in letztwilligen Verfügungen zu bestimmen ²⁷⁵⁾. Denn in einem Erbvertrag können keine anderen Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen getroffen werden (§ 2078, II). Der Weg des Erbvertrages steht nur offen,

273) Knur, DNZ 57, 479.

274) Erman-Finke, § 1371, Ziff. 7; Krüger-Breetzke-Nowack vor §§ 1363 - 1390, Ziff. 10; § 1371, Ziff. 11; Sichertmann, BB 59, 350; Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK § 1371, Anm. 48.

275) Es ist nicht notwendig, wie Sichertmann (BB 59, 350) meint, den Ehegatten total zu enterben, wenn ihm nur das zusätzliche Viertel entzogen werden soll. Denn das Testament kann auch bestimmen, daß der andere Ehegatte nur Erbe in Höhe des nicht erhöhten gesetzlichen Erbteils werden und daneben seinen (gesetzlichen) Ausgleichsanspruch haben soll.

wenn die Verstärkung des § 1371, I noch weiter erhöht werden soll, wenn die Ehegatten sich gegenseitig zum Alleinerben einsetzen wollen. Dies kann auch in einem kombinierten Ehe- und Erbvertrag geschehen (§ 2276, II BGB), für den die Form des Ehevertrages genügend ist.

Die andere erbrechtliche Vorschrift des gesetzlichen Güterstandes ist § 1371 Abs. IV, der den Ausbildungsanspruch der Stiefkinder bestimmt: sie können aus dem nach § 1371, I zusätzlich gewährten Viertel die Mittel zu einer angemessenen Ausbildung verlangen. § 1371, IV kann nur durch einseitige letztwillige Verfügung modifiziert werden ²⁷⁶⁾. Denn die Ansprüche des § 1371, IV beruhen auf dem erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten und sind auch hierauf beschränkt. Diese "Erbteilerhöhung" muß nicht auch zu einer Erhöhung des effektiv Ererbten führen. Man denke nur an den Fall, daß die Erbmasse so gut wie nur aus Überschuß besteht. Dann würde die Erhöhung de facto zu einer Schlechterstellung führen. In diesem Fall wird der überlebende Ehegatte aber immer die Erbschaft ausschlagen und den Ausgleich des Zugewinns plus erhöhten Pflichtteil verlangen (§ 1371, III).

Über die prinzipielle Ausschlußmöglichkeit des § 1371, IV, bestehen keine Zweifel ²⁷⁷⁾. Wenn der Ehegatte einen Abkömmling von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen kann, so muß das doch erst recht bezüglich des Ausbildungsanspruchs möglich sein. Zudem ergibt sich Abs. IV nicht so zwingend aus dem Wesen des Güterstandes, er soll vielmehr, wie RITTNER ²⁷⁸⁾ ausführt, in den Fällen, in denen die Abkömmlinge nicht besonders bedacht werden, einen gewissen Ausgleich schaffen, falls ihr Erbrecht durch die Verstärkung des Abs. I zu sehr eingeschränkt wurde. Das bestätigt schon das Erfordernis der "Bedürftigkeit" des Abkömmlings und der Bestimmung, daß die Leistungen im zusätzlichen Viertel ihre Begrenzung finden.

276) So Körner, § 85, Seite 243; Rittner, DNZ 57, 499; Palandt-Lauterbach, 1408 Anm. 4; Scheffler-Koeniger, in BGB-RGRK 1408, Anm. 18; Knur, DNZ 57, 477; dagegen: Erman-Finke, 1371, Ziff. 9.

277) Erman-Finke, 1371, Ziff. 9; Scheffler-Koeniger, BGB-RGRK 1408, Anm. 18; 1371, Anm. 48.

278) Rittner, DNZ 57, 498.

Da die Anordnung des Ausschlusses des § 1371, IV auch in einem Erbvertrag eine einseitige Verfügung bleibt - § 2278, II gibt den *numerus clausus* der vertragsmäßigen Verfügungen -, kann sie jederzeit durch Testament widerrufen werden (§§ 2299, 2254). Fraglich in diesem Zusammenhang kann auch sein, ob die Ausgestaltung der Rechte der Stiefabkömmlinge in einem Ehevertrag möglich ist ²⁷⁹⁾. Ich sehe dagegen keine Bedenken ²⁸⁰⁾, wenn der Sinn der vertraglichen Ausgestaltung nicht eine Abschwächung des Abs. IV ist. So kann sich jeder Ehegatte verpflichten, im Rahmen des zusätzlichen Viertels dem Stiefabkömmling die Mittel zur Ausbildung auf eine bestimmte Art und Weise zukommen zu lassen. Er kann sich aber genauso - ehevertraglich - zu einer Unterstützung verpflichten, die über den gesetzlichen Rahmen hinausgeht.

Daneben ist es noch möglich, durch die Anordnung eines Vermächtnisses, einer Vor- oder Nacherbfolge, die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers oder den Ausschluß der Auseinandersetzung auf die vermögensrechtliche Regelung des gesetzlichen Güterstandes einzuwirken. Von besonderer Bedeutung ist hierbei die Vor- und Nacherbfolge, die verhindern kann, daß - sollte sich der andere Ehegatte wieder verhehelichen - das vom Erblasser erarbeitete Vermögen einmal in fremde Hände fällt und die Sicherheit der eigenen Abkömmlinge betroffen wird.

²⁷⁹⁾ Bärmann, AcP 157, 204.

²⁸⁰⁾ Wenn solche Vereinbarungen auch mehr schuldrechtlichen Charakter haben, so handelt es sich doch zumindest um einen Ausfluß der güterrechtlichen Beziehungen, womit der Weg des Ehevertrages offensteht.

§ 27

Zusammenfassung

Die Untersuchung zeigte, daß auf mannigfache Weise der gesetzliche Güterstand den besonderen Erfordernissen der einzelnen Ehe angepaßt werden kann. Dabei sind von den beiden großen Komplexen, die die Zugewinnngemeinschaft von der Gütertrennung unterscheiden - Verfügungsbeschränkungen und Ausgleichsregeln - die Verfügungsbeschränkungen in vollem Umfang abdingbar. Von den gesetzlichen Ausgleichsregeln können Abweichungen vereinbart werden, die nur nicht so weitgehend sein dürfen, daß sie das Prinzip des Güterstandes - die grundsätzlich gleiche Teilhabe von Mann und Frau - beseitigen. Daneben unterliegt die Ehevertragsfreiheit wie jede Vertragsfreiheit den Bindungen des Allgemeinen Teils des BGB, wobei sich insbesondere der Grundsatz der Sittenwidrigkeit als die große Schranke für allzu weitgehende Vereinbarungen, sowohl im Interesse der einzelnen Ehegatten wie dem der Gläubiger, erweist.

Lebenslauf

Am 25. November 1936 wurde ich in Frankfurt/Main als Sohn des Diplomingenieurs Dr. Kurt Göhre und seiner Ehefrau Irmgard, geb. Schneider, geboren. Von 1941 bis 1946 besuchte ich die Grundschule der Anna-Schmidt-Schule in Frankfurt/Main. 1946 bis 1956 war ich, mit einer Unterbrechung von einem Jahr (Landschulheim Birklehof in Hinterzarten/Schwarzwald), Schüler des Lessing-Gymnasiums zu Frankfurt/Main. Dort legte ich am 1. März 1956 die Reifeprüfung ab.

Vom Sommersemester 1956 an studierte ich Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Nach acht Fachsemestern bestand ich im Juli 1960 die erste juristische Staatsprüfung.

